25 IV 40 Bl.

Z. fiz. C.

55 5

Buchardt

Grundzüge

des

Rechtssystems der Römer

aus

ihren Begriffen

von öffentlichem- und Privatrecht

entwickelt

von

G. Chr. Burchardi,

Dr. und ord. Prof. der Rechte an der Rhein-Universität zu Bonn.

Angehängt ist eine Abhandlung
über die Beschränkungen des Intestat-Erbrechts der
Weiber bei den Römern,

von

Dr. M. J. Euler.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1822.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Herrn

Geheimen Justiz-Rath

von Savigny,

seinem hochverehrten

Lehrer und Freunde

dankbar gewidmet

vom

Verfasser.

Vorrede.

Ueberzeugt, daß gründliche und umfassende historisch-dogmatische Monographien zu den ersprießlichsten und fruchtbringendsten Zweigen unserer juristischen Litteratur gehören, ist es auch mein Vorsatz — wenn irgend mein erster einigermaßen bedeutende schriftstellerische Versuch, durch seinen Erfolg zur Fortsetzung aufmuntert — einige civilrechtliche Lehren so vollständig zu bearbeiten als möglich. Es versteht sich aber von selbst, daß die abgesonderte Behandlung eines Theils des reichhaltigen, aber — seines vasten Umfangs ungeachtet — so innig verflochtenen Römischen Rechts, ohne eine feste Ansicht vom Ganzen, nie vollkommen gelingen kann, weil hier das Einzelne immer durch alles Uebrige bedingt ist. Daher habe ich mir stets vor Allem angelegen seyn lassen, das eigentliche innere Rechtssystem der Römer zu ergründen und es scheint mir angemessen, die Resultate meiner Untersuchungen

darüber, gleich einem Edictum perpetuum, von dem ich wünsche daß es würdig befunden werden möge in tralatitium oder honorarium jus überzugehen, meinen anderen beabsichtigten litterairischen Arbeiten voranzuschicken. Dies gewährt mir den Vortheil, daß ich für künftige Forschungen einen festeren Boden und eine bestimmtere Richtung gewinne, und zugleich gebe ich dem civilistischen Publicum eine Controlle zur Beurtheilung der innern Consequenz, des Zusammenhangs und der Uebereinstimmung jener specielleren Untersuchungen an die Hand. Vielleicht mag es aber Manchem bedünken, daß eine kurze Entwicklung meiner Ansicht über das Römische System in dieser Beziehung vollkommen genügt haben würde, und daß es nicht nöthig gewesen wäre, meine Theorie umständlich durch alle Lehren durchzuführen; indessen glaube ich daß gerade dieser Punkt am wenigsten einer besondern Rechtfertigung bedürfe. Bacon theilt die Gelehrten in die ewig nur sammelnden, aber nie verarbeitenden Ameisen, in die fein ausfädelnden Spinnen, deren mannigfaltige Gewebe und Hirngespinnste zwar künstlich genug sind, aber zu schwach um dem borstigen Kehrbesen eines scharf prüfenden Kritikus zu widerstehen, und endlich in die allein wahrhaft schaffenden und fördernden Bienen, die was sie mit emsigem Fleiß aus zahllosen Blumenkelchen zusammengetragen haben, zugleich zu biegsamem Wachs und süßem

Honig bereiten. Wer sich selber mit hochfahrender Selbstschätzung als eine vollendete-Biene betrachtet, wird mit Fug eines nicht geziemenden Dünkels beschuldigt, aber gewiß eben so gerecht trift den der Vorwurf einer geist- oder gewissenlosen Behandlung der Wissenschaft, der sich nicht die Baconschen Bienen zum unwandelbaren Muster und Vorbilde erwählt. In diesem Geiste habe ich mein Buch geschrieben. Als ein bloß ameisenartig zusammengekarrtes Aggregat eines bunten und rohen Materials, kann dasselbe nun freilich schon seines Gegenstandes wegen nicht betrachtet werden, da ich mich daran gewagt habe, eine der größten Ideen, die je ins Leben getreten sind, ihrem innern Wesen nach zu zergliedern und zu construiren; wohl aber verdiente meine Arbeit den Spinnegeweben beigezählt zu werden, wenn ich ein neues System ohne nähere Begründung spielend hingeworfen hätte, dem Zufall überlassend, ob sich Jemand finde der die Brauchbarkeit desselben mit saurer Mühe zu erproben geneigt sey; denn die Anwendung eines Princips, aus dem z. B. die Unvererblichkeit des Römischen Throns und der alten actio rei uxoriae auf gleiche Weise hervorgeht, macht sich doch nicht gerade von selber.

Die Hauptrichtung meines Buchs geht dahin: den Begriff, die Grenzen und die eigenthümliche Natur des Publicum jus, dieses wahren Nebelsterns,

dessen Kometenschweif in allen Verzweigungen des weitschichtigen Römischen Rechts durchschimmert, ohne daß bisher noch sein Kern gehörig ermittelt worden wäre, genau uud scharf zu bestimmen. Indem ich aber nun dem öffentlichen Rechte den Platz zu vindiciren gestrebt habe, der ihm meiner Meinung nach von den Römern angewiesen, aber in allen unsern Lehr- und Handbüchern durch das, bis zur Unhaltbarkeit angeschwollene Privatrecht, über alle Gebühr beschränkt worden ist, so hat meine Auffassung und Darstellung des Römischen Systems freilich von allen bisherigen Theorien sehr abweichend werden müssen, und könnte daher wol auf den ersten Blick für paradox und gesucht gehalten werden. Indessen glaube ich meine Ansicht darum doch für etwas mehr als bloße Hypothese ausgeben zu dürfen, denn im Ganzen wird man gewiß, bei einer unpartheiischen Prüfung finden, daß dieselbe zu bestimmt und deutlich in den Quellen gegründet sey, als daß über ihre wesentlichen Eigenthümlichkeiten ein gerechter Zweifel obwalten könnte; allein bei der Anwendung meiner Theorie auf einzelne Lehren bin ich wiederum sehr weit entfernt, mich von allen Mißgriffen frei zu glauben. Dies kann aber auch bei dem ungeheuren Stoff, den ich habe durcharbeiten müssen, nicht anders seyn; die Masse des zu ordnenden Materials ist in der That zu groß, als daß ich nicht zuweilen etwas

schief aufgefaßt, oder einen Berücksichtigung verdienenden Umstand übersehen, oder eine nicht unwichtige Stelle unbeachtet geassen haben sollte; nur die Mitwirkung Vieler kann hier die Sache vollenden; und gewiß berechtigt mich auch das frischere, und edlere Streben, welches angeregt vorzüglich durch Lehre und Schrift eines Hugo, Savigny, Cramer, Haubold und Thibaut, seit einigen Jahrzehnten die Bebauer unserer Wissenschaft im Allgemeinen beseelt hat, zu der Erwartung, daß man sich nicht sowol an Einzelheiten nur reiben, sondern vielmehr mein Bemühen unterstützen und mir durch berichtigende und ergänzende Bemerkungen behülflich seyn werde, meine Arbeit von Fehlern und Schlacken zu säubern. Aus demselben Grunde glaube ich auch nicht besorgen zu müssen, daß dasjenige, welches gerade das Eigenthümliche meiner Ansicht ausmacht, schon in Voraus dawider einnehmen werde. Es ist unstreitig nicht zu verkennen, daß es hauptsächlich in der ganzen frühern Richtung der Zeit gelegen, wenn man bisher im Römischen Rechte wenig mehr als eine Menge kluger und subtiler Regeln über das Mein und Dein, wenn man wesentlich nur ein fein ausgebildetes Privatrecht darin gefunden, und den Geist welcher in den Kaiserlichen Constitutionen weht, auch auf das Rechtssystem der alten unbeugsamen und stolzen Republikaner übertragen hat, aber die

Bahn, welche Niebuhrs Forschungen in Beziehung auf Roms älteren Zustand gebrochen haben, läßt mich wol nicht befürchten, daß man sich daran stoßen werde, wenn ich im Gegentheil ein überwiegendes Vorherrschen des öffentlichen Rechts bei den Römern wahrzunehmen überzeugt bin. Sollte es aber auch noch einige trübe Geister geben, die sich veranlaßt finden könnten Klage zu erheben, daß nun sogar ihr sogenanntes Privatrecht, hinter dem sie sich gegen alle Bewegungen in der Wissenschaft wie im Leben unangreifbar verschanzt glaubten, vom Strudel der Zeit ergriffen, und zum großen Theil in das unruhige Publicum jus hinüber verschlagen worden sey, so muß ich ihnen wenigstens hier zu ihrer Beruhigung versichern, daß kein publicistischer Schwindel, sondern ruhiges Quellenstudium, am stillen Pulte genährt, meine Abhandlung erzeugt habe.

Was die äussere Behandlung meines Stoffs betrift, so habe ich mich der größtmöglichen Kürze und Präcision befleißigt. Zwar hat dadurch nicht selten die Schreibart an Fluß und Ründung verlieren müssen, woran auch zuweilen die im Eifer den Hauptfaden festzuhalten so leicht entschlüpfende Unachtsamkeit auf das Aeussere der Darstellung Schuld ist, allein ist nur das Gesagte im Ganzen gut, so hoffe ich wird man Nachsicht haben mit der

Art wie es gesagt ist. Schlimmer scheint schon der Umstand, daß der Text hin und wieder auf den Noten schwimmt. Aber dies ist durchaus nicht zu vermeiden gewesen; hätte ich den Inhalt meiner zahlreichen Anmerkungen in den Text verweben, und hätte ich namentlich die beweisende Kraft der vielen Belegstellen exegetisch ausführen wollen, wie es bei Monographien über einzelne Lehren möglich und welches freilich das einzige Mittel ist, eine civilrechtliche Abhandlung gleich über allen Zweifel zu erheben, so wäre ich nicht im Stande gewesen, meine Untersuchungen in einen so engen Raum zusammen zu drängen, sondern ich hätte wenigstens einen voluminösen Folianten damit anfüllen müssen. Deshalb ist aber auch ein genaues Durchgehen der Noten meines Buchs erforderlich, um lezteres wahrhaft durchschauen zu können, und wer sich diese Mühe nicht geben mag, dem muß meine Arbeit viel ärmer erscheinen als sie, abgesehen von ihrem Werthe in abstracto, wirklich ist, daher ich bloße Leser eben so wenig wünschen, als ihnen diese Lectüre von eigentlichem Nutzen seyn kann.

Es bleibt mir nur noch Einiges über die angehängte Schrift meines Collegen, des Herrn Dr. Euler, zu bemerken übrig. Diese durch eine musterhafte Gründlichkeit ausgezeichnete kleine Abhandlung, hat für mich noch das besondere Interesse, daß der Ver-

fasser hinsichtlich der Römischen Erbfolge in mehreren Beziehungen auf ganz unabhängigem Wege zu gleichen Resultaten mit mir gekommen ist, und mir dadurch eine nicht geringe Bestätigung für die Richtigkeit meiner Ansichten gewährt. Aber selbst wenn dies nicht wäre, würde ich glauben der Wissenschaft einen Dienst zu erweisen, indem ich den Druck dieser, das Verhältniß der Lex Voconia zum Intestaterbrecht der Weiber gewiß gänzlich erschöpfenden Erörterung, durch Aufnahme in mein Buch beschleunige, und dadurch so weit es bei mir steht, die Schuld tilge, die mein sel. Herforder Namens-Vetter durch sein seichtes Program über jenen Volksschluß auf meinen Namen geladen hat.

Einleitung.

§. 1.

Jahrhunderte lang haben nun schon Fleiß, Genie und Gelehrsamkeit unermüdlich alle Tiefen des Römischen Rechts zu ergründen gesucht, und doch hat uns neuerdings Blume's glückliche Combinationsgabe gezeigt 1), daß es nicht blos noch möglich sey, in einzelnen Lehren zu reformiren und aufzuklären, sondern sogar über die ganze äußere Construktion von Justinians Pandekten, durchaus neue und bedeutende Aufschlüsse zu geben. Niemandem wird daher hoffentlich schon der Versuch an sich, zu dem ungeheuren Rechtsgebäude der Römer einen treffenderen Riß zu zeichnen, als bisher geschehen ist, und die eigentlichen Angeln ihres Systems zu entdecken, ein unausführbares und überspanntes Unternehmen erscheinen. In wieferne freilich mir der Beruf zur Lösung einer so schwierigen und umfassenden Aufgabe zu Theil geworden sey, darüber muß die folgende Ausführung entscheiden; auf keinen Fall aber kann meine Arbeit als in ein schon geschlossenes Gebieth eingreifend, von vorn herein zurückgewiesen werden.

---

1) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Band 4 Heft. 3.

Wenn wir aber nach dem System des Römischen Rechts fragen, so können wir dabei an ein äußeres und an ein inneres denken. Von einem äußeren System scheint zwar nur in Beziehung auf einzelne Schriften und Rechtsbücher, nicht aber in Beziehung aufs Römische Recht überhaupt die Rede seyn zu können, indessen wird sich unten zeigen, daß die Römer doch auch eine gewisse äußere Anordnung haben, die wohl so wenig dem Zufall als dem willkührlichen Gutbefinden irgend eines einzelnen Juristen ihre Entstehung verdankt, sondern ohne Zweifel ein Produkt des innern Systems ist, aus diesem hervorgegangen und mit dessen eigentlichem Wesen innig zusammenhängend. Jenes äußere System der Römer hat jedoch nur ein mittelbares Interesse für uns; der Hauptgegenstand unserer Betrachtung bleibt das innere System des Römischen Rechts, die innere Verbindung und Construktion der Rechtsbegriffe und Rechtsbestimmungen und ihre, durch ihre Verschiedenheit bedingte Stellung zu einander. Auf Justinianeisches Recht kann dabei natürlich keine ausschließliche Beziehung Statt finden, denn Justinian wollte ja keineswegs ein selbstständiges neues Rechtssystem aufstellen, sondern nur die ganze Masse des in den juribus und legibus nach späterem Sprachgebrauche, in den juristischen Schriften und den kaiserlichen Verordnungen aufgehäuften geltenden Rechts, mit untergeordneten Modificationen in zwei leichter übersehbare Ganze consummiren und condensiren, wie besonders Elvers [2]) richtig hervorgehoben hat. Aus demselben Grunde können aber auch die Institutionen als bloße, wiederum aus Codex und Pandekten gemachte Auszüge, kein neues inneres System enthalten, und die äußere Stellung der Materien in denselben ist ja nicht

---

2) Beiträge zur Rechtslehre und Rechtswissenschaft. Göttingen 1820 Band 1 Heft 1 Nr. 3.

einmal Justinian eigen. Es liegt daher in der Natur der Sache, daß meine Absicht darauf gerichtet seyn muß, die Grundzüge des Römischen Rechtes im Ganzen aufzusuchen, und die dürftigen Spuren der früheren Zeit liegen mir dabei eigentlich fast näher, als aller Reichthum der späteren Jahrhunderte.

§. 2.

Indem ich aber einen neuen Versuch zur Entzifferung des Römischen Rechtssystems wage, gebe ich folgeweise zu erkennen, daß mir alle bisherigen Versuche dieser Art nicht genügend erscheinen; dies bedarf der Gründe. Man kann bekanntlich alle systematischen Bearbeitungen des Römischen Rechts in zwei Hauptklassen theilen, in diejenigen worin das Römische Recht nach einem durchaus selbstgewählten Schema, nach einem dem Verfasser gerade bequem scheinenden logischen Formalismus zurechtegelegt ist, und in die welche sich mehr oder minder auch in ihrer Form ans Römische Recht anzuschließen suchen. So schätzenswerth nun aber auch die Bearbeitungen der ersten Art in mancher Beziehung seyn mögen, so ist doch zuvörderst so viel einleuchtend, daß dieselben hier nicht in Betracht kommen können, denn dem innern Wesen des Römischen Rechts sollen sie ja ihrer ganzen Anlage nach nicht entsprechen. Eben so wenig bedarf es wohl einer ausführlichen Rechtfertigung, wenn ich finde, daß in denjenigen Bearbeitungen der zweiten Klasse, welche die sogenannte Legalmethode befolgen, das innere Römische System so wenig aufgefaßt als ausgedrückt sey. Nicht auf dieselbe Weise kann ich aber an dem System vorbeikommen, welches durch die Gewichtigkeit und Genialität des Vertheidigers, den es an dem G. J. R. Hugo gefunden hat, eigentlich der Grundtypus für alle neueren Lehrbücher und Grundrisse des Römischen Rechts, den Heisischen Con-

spectus und auch ein von mir selbst vor einigen Jahren herausgegebenes, freilich viel unbedeutenderes Ding dieser Art nicht ausgenommen, geworden ist. Dieses System fußt auf Gajus und die Institutionen, indem es in diesen im Wesentlichen folgende Eintheilung des Privatrechts findet:

1) Personen- oder Familienrecht, oder Lehre von den Personen;
2) Sachenrecht, oder Lehre von den Sachen;
3) Obligationenrecht, oder Lehre von den Forderungen;

und darnach eine entsprechende Trichotomie der Privatrechte im subjektiven Sinn bildet, nämlich:

1) Dinglich-persönliche oder Familienrechte;
2) Dingliche oder Sachenrechte;
3) Persönliche oder Obligationenrechte oder Forderungen.

Wie einfach und den Quellen entsprechend aber auch diese Trichotomie auf den ersten Blick erscheinen mag, so muß ich doch bekennen, daß ich wenigstens in der letztern Beziehung nicht beistimmen kann, und eine sorgfältige Prüfung derselben wird hoffentlich mein Urtheil rechtfertigen.

Viel ist über jenes System schon hin und hergestritten, aber eine angreifbare Seite desselben meines Wissens noch nie hervorgehoben worden. Die Römer fangen mit der Grundeintheilung an: jus vel publicum vel privatum est, und diese eröffnet auch in den Institutionen die ganze Reihe der Eintheilungen [3]). Nun dringt sich in der That die Frage auf, woher wir denn eigentlich wissen, daß der Satz: „omne jus quo utimur pertinet vel ad personas, vel

---

3) §. 4 J. de just. et jure (1,1)

ad res, vel ad actiones“ blos das Privatrecht betreffe. Schon der Ausdruck omne jus quo utimur u. ſ. w. führt auf eine allgemeinere Deutung, und demgemäß ſtellt auch Gajus dieſe Eintheilung ganz allgemein in einem eigenen Abſchnitt hin [4]). Eben ſo losgeriſſen und einzeln ſteht dieſelbe in den Pandekten [5]), und in den Inſtitutionen müßte man ihre Subordinirung unter das jus privatum erſt durch einen ſubtilen Schluß herausbringen. Man müßte nämlich folgendermaßen argumentiren: Im §. 4. J. de just. et jure heißt es das privatum jus ſey tripertite collectum, nämlich ex praeceptis naturalibus, gentium et civilibus; der folgende Titel enthält nun die Erklärung dieſer Begriffe und am Ende deſſelben iſt dann unſere Eintheilung angehängt [6]), zum klaren Beweiſe daß auch ſie nur das Privatrecht betrifft. Allein — wenn wir auch davon abſehen, daß jene von Ulpian [7]) entlehnte Beziehung des jus naturale, gentium et civile bloß aufs Privatrecht, an und für ſich ſchon unrichtig iſt, daher auch in den Pandekten gleich im Widerſtreit damit, als Beiſpiele und Anwendungen Stellen folgen, in denen von Grundſätzen des jus gentium die Rede iſt, welche offenbar ins öffentliche Recht einſchlagen [8]) — ſo iſt doch auf jeden Fall ſo viel klar, daß die Anhängung des Satzes: jus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones an den Inſtitutionentitel de jure naturali, gentium et civili eine ſchiefe Nachahmung des Gajus ſey, der aber dieſelbe keineswegs rechtfertigt, indem er jene Ein-

---

4)„ II De juris divisione. § 8. Omne jus quo utimur etc.“

5) l. 1. D. de statu hom. (1, 5) Die Stelle iſt auch von Gajus.

6) §. 12. J. de jur. nat. gent. et civ. (1, 2)

7) l. 1. D. de just. et jur. (1, 1)

8) l. 4. l. 5. D. eod. Siehe auch l. 45 pr. D. de usurpat. (41, 3)

theilung zwar auch hinter die Lehre vom jus naturale, gentium et civile, aber doch ganz getrennt für sich unter eine eigene Rubrik und Nummer stellt [9]). Wenn sich daher auch selbst nicht mit solcher Bestimmtheit zeigen ließe, wie unten geschehen soll, daß das ganze Familien- oder Personenrecht und noch manches andere, was die Neueren als Privatrecht betrachten, von den Römern zum jus publicum gezählt worden sey, so scheint mir doch schon aus den angegebenen Gründen zur Genüge zu erhellen, daß wir bei dem Satze: omne jus quo utimur u. s. w. nicht ausschließlich ans Privatrecht denken dürfen.

Man glaube nun aber darum ja nicht, wie von Mehreren geschieht, alsdann den Nagel auf den Kopf zu treffen, wenn man sagt: jene Trichotomie sey auch aufs jus publicum anzuwenden, auch dieses zerfalle in jus quod pertinet vel ad personas, vel ad res vel ad actiones. Dies scheint selbst die Ansicht des G. J. R. Hugo zu seyn, wenn er sagt: „Das Privatrecht muß vom öffentlichen getrennt, „und das Erstere in die drei aus Gajus so bekannten „Haupttheile zerlegt werden, nach deren Muster man nun „selbst Versuche anstellen kann, auch das Letztere auf eine „ähnliche Art in Fächer einzutheilen [10])." Ich muß gestehen, daß ich auch in diesem Verfahren den Sinn der Römer keinesweges getroffen glaube. Es läßt sich noch ein Drittes denken; wie, wenn hinter dem jus quod pertinet ad personas das jus publicum, hinter dem jus quod pertinet

---

9) Bei Theophilus findet auch diese schiefe Zusammenstellung nicht Statt. Er sagt auch I, 1, §. 4. das jus privatum sey tripertite collectum und führt dies im folgenden Titel aus, aber der Satz: „omne jus pertinet etc" folgt erst I, 3 pr.

10) Rechtsgeschichte Seite 27 Zeile 17 — 23 der 8ten Auflage.

ad res das jus privatum, und hinter dem jus quod pertinet ad actiones ein Gemisch von beiden, ein jus mixtum verborgen läge? Doch davon weiter unten.

Selbst aber, wenn ich einmal vorläufig zugeben will, die erwähnte Eintheilung sey eine Eintheilung des Privatrechts und das Familienrecht gehöre in dieses, so läßt sich dennoch das dreitheilige System, Familien- oder Personenrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht, nicht mit Fug in Gajus und die Institutionen hineinbringen. Da nämlich die Vermögensrechte [11]), und unter diesen auch die Obligationen, und sogar nicht bloß einzelne Vermögensrechte, sondern auch ein Innbegriff derselben wie Erbschaften, als res incorporales im Römischen Recht aufgeführt werden [12]), und da die Vorbegriffe über res corporales und incorporales bei Gajus und in den Institutionen das jus quod pertinet ad res eröffnen, so scheint es mir doch gar zu klar, daß unter diesem jus nicht etwa blos das Sachenrecht, son-

---

11) Ich gebrauche hier den Ausdruck Vermögensrecht in dem Sinn, wie man es gewöhnlich nimmt, als Bezeichnung des Eigenthums, der jura in re und der Forderungen; unten wird sich zwar zeigen, daß die Römer unter den rebus incorporalibus auch wohl noch ein Paar andere Rechte begriffen, dies thut indeß hier nichts zur Sache.

12) §. 2 J. de reb. incorp. (2,2) l. 1, §. 1. D. de rer. div. (1,8) Gajus II §. 54. Beiläufig sey es mir erlaubt zu bemerken, daß es mir sprachwidrig scheint, res corporales und incorporales wie gewöhnlich geschieht, durch körperliche und unkörperliche Sachen zu übersetzen. Körperliche und unkörperliche Dinge dünkt mir die einzige angemessene Uebersetzung, denn bei dem Ausdruck Sache fordert der Genius unserer Sprache immer, daß wir uns einen Körper denken, hingegen Ding entspricht der Allgemeinheit des Wortes res.

dern das ganze Vermögensrecht, also auch das Obligationenrecht verstanden sey; auch sind ja die Lehre von den Servituten und das Erbrecht augenscheinlich nur weil sie res incorporales betreffen, in das jus quod pertinet ad res gesetzt, warum nicht eben so gut aus demselben Grunde die Lehre von den Forderungen? Bei Gajus ist es auch so natürlich, das jus quod pertinet ad res auf das ganze zweite und dritte Buch zu beziehen, da das letztere mit dem Obligationenrechte schließt, und nicht wie in den Institutionen der Gleichheit des Umfangs der Bücher wegen, ein Theil des Obligationenrechts ins vierte Buch hinüber geworfen ist 13), welche Stellung in den Jnstitutionen, wol haupt-

---

13) Der Anfang des vierten Buchs von Gajus ist indessen defekt und man kann daher die Frage aufwerfen, ob nicht wirklich ein Theil des Obligationenrechts im vierten Buche gestanden habe. Es könnten dies nur die Obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto gewesen seyn, denn die Obligationes ex delicto die in den Institutionen im 4ten Buch stehen, stehen bei Gajus schon im 3ten. Daß Gajus der indebiti solutio schon beim mutuum erwähnt lib. III §. 91) beweißt zwar nichts, denn an diesem Orte kommt sie auch in den Institutionen vor §. 1 J. quib. mod. re (3, 14) und wird doch wieder nachher besonders erwähnt, aber es ist dennoch höchst unwahrscheinlich, daß Gajus in seinen Commentariis überhaupt etwas von den variis causarum figuris gesagt habe, denn:

1. Gajus gibt da überhaupt nur zwei Entstehungsgründe der Obligationen an lib. III §. 88 „Nunc transeamus ad obligationes; quarum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex conractu nascitur, vel ex delicto.“
2. In l. 1. D. de. O. et A. (44, 7) ist die Uebersicht der Entstehungsgründe der Obligationen ex contractu, ex maleficio et ex variis causarum figuris aus den libris

sächlich dazu Veranlassung gegeben hat, daß viele unter dem jus quod pertinet ad actiones das Obligationenrecht verstanden, und dies, weil doch einmal in der Mitte abgebrochen werden muß, von der Mitte des dritten Buchs datirt haben eine Meinung, die durch die alte Bedeutung von Actio als Correlat der Obligatio so gut als gar nicht unterstützt wird; denn in dem jus quod pertinet ad actiones ist ja auch von actiones in rem, ferner von Klagrechten [14]), die durchaus nicht alle zu den Obligationen gehören [15]), und sogar vom Proceß und Gerichtswesen sowol in crimineller als in bürgerlicher Hinsicht die Rede, was Alles sehr übel ins Obligatio-

---

aureorum von Gajus entlehnt. Nachdem nun in derselben Stelle die re et verbis contractus erklärt worden, so werden in l. 2. und l. 4. D. eod. mit Einschaltung einer ergänzenden Stlle von Paulus in l. 3. D. eod. die Uebersichten der consensu contractus und der obligationes ex delicto aus den Commentariis oder Institutiones von Gajus genommen. Anstatt nun aber auch die obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto eben daher zu entlehnen, was doch so natürlich gewesen wäre, wenn man hier etwas der Art als Fortsetzung gefunden hätte, sehen sich Justinians Compilatoren genöthigt in der l. 5. D. eod. wieder zu den libris aureorum zurückzukehren.

3. Gajus hatte auch nicht nöthig, um sein viertes Buch so dick zu machen als die andern, etwas vom Obligationrecht hineinzuziehen, da er so vieles Antiquarische von den Actiones giebt, was in Justinians Institutionen fehlt

14) Die Definition „Actio est jus persequendi in judicio quod sibi debetur" in pr. J. de act. (4, 6) paßt offenbar nicht auf Klagen sondern nur auf Klagrechte.

15) Der Unterschied zwischen Obligationen und Klagrechten wird unten näher entwickelt werden, vorläufig verweise ich nur auf l. 27 D. de R. J. (50, 17)

nenrecht paßt, aber ganz am rechten Orte steht, wenn wir das jus quod pertinet ad actiones einfach als den Theil des Rechts nehmen, der die Geltendmachung der Rechte betrifft. Dazu kommt nun noch, daß — da bei Gajus und in den Institutionen das jus quod pertinet ad personas, nach den vorausgeschickten allgemeinen Vorbemerkungen über Recht im objectiven Sinne, mit den Eintheilungen der personae anfängt, und das jus quod pertinet ad res mit den Eintheilungen der res — es doch so sehr nahe liegt, da wo die Eintheilungen der actiones stehen, auch den Anfang des jus quod pertinet ad actiones zu datiren; ferner, daß es doch höchst wunderlich wäre, wenn die Römer das Erbrecht und die andern adquisitiones per universitatem bloß ans Sachenrecht anschlössen, worauf sie sich doch nur zur Hälfte beziehen, während es hingegen wenigstens nicht ganz unpassend ist, die Lehre von den universellen Erwerbungen mitten unter die Rechte zu stellen, welche auf diese Weise erworben werden können. Daher scheint es mir doch keinem Zweifel mehr unterworfen seyn zu können, daß wir den Sinn der Römer nicht treffen, wenn wir ihre berühmte Dreitheilung durch Personen-, Sachen- und Obligationenrecht wiedergeben wollen.

§. 3.

Nach diesen mehr nur negativen Vorbemerkungen kann ich mich nun zur Entwicklung des Systems wenden, welches ich im Römischen Recht zu finden glaube. Dies ist in der That sehr einfach und auf praktisch höchst wichtige Gesichtspunkte gebaut, ein gewiß nicht zu verachtender Grund für die Richtigkeit desselben. Wir müssen von der Eintheilung des Rechts in publicum et privatum jus ausgehen, welche die Römer selber als die Fundamentaleintheilung darstellen, und wir haben dieselbe zuerst im objektiven Sinn zu beleuch-

ten. „Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet“ ist die Römische Definition [16]). Zunächst kommt es nun darauf an, die Grenze zwischen dem jus quod ad statum rei publicae spectat und dem quod ad singulorum utilitatem pertinet zu ziehen, denn die Bemerkung: „sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim“ und „Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit [17]) wird unstreitig Niemandem in der Anwendung aufs Einzelne an und für sich schon klar und bestimmt genug erscheinen. Will man indessen die Grenze bloß durch ein allgemeines Princip bestimmen, so läßt sich auch wirklich weiter nichts sagen, als daß diejenigen Rechtsbestimmungen, welche den ganzen Staatsorganismus und das allgemeine Beste zum Gegenstande haben, das öffentliche Recht bilden, diejenigen hingegen, welche bloß den Privatnutzen der Staatsbürger betreffen, das Privatrecht, wobei es der Durchführung im Einzelnen immer überlassen bleiben muß, eigentlich erst zu zeigen, welche Rechtsbestimmungen denn nun nach Römischer Ansicht in die eine, welche in die andere Klasse gehören. Wol aber lassen sich die unterscheidenden Charaktere angeben, nach welchen wir im Einzelnen bestimmen können, ob ein Rechtsgrundsatz oder gar eine ganze Lehre zum jus publicum oder zum jus privatum zu zählen sey. Sie sind theils bloße äußere Merkmale, theils aber auch innere Verschiedenheiten, und es giebt deren vier:

I. Von manchen Rechtslehren wird uns gesagt, in welche der beiden Haupttheile des Rechts sie gehören, wie

---

16) §. 4. J. de just. et jure (1, 1) l. 1, §. 2 D. eod. (1, 1) Theoph. I., 1 §. 4.

17) l. 1. §. 2. D. cit.

z. B. eben mit der Lehre vom officium und der potestas der magistratus der Fall ist.

II. Alle Bestimmungen des jus publicum sind absoluter Natur, können nicht durch Verträge der etwa betheiligten Privatpersonen außer Kraft gesetzt, oder wenigstens geändert werden [18]), hingegen die Bestimmungen des Privat-

---

18) l. 38. D. de pactis (2,14) „*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.*“ l. 42. D. eod. „*Pactis privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit.*“ l. 28. D. eod. „*Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur.*“ l. 20. D. de religios. (11,7) . . . „*quia pacto hoc* (sc. ne quid maritus in funus conferret) *publicum jus infringi non potest.*“ l. 2. §. 8. D. de adm. rer. ad civ. pert. (50,8) „*Jus reipublicae pacto mutari non potest.*“ l. 27. D. de R. J. (50,17) „*Nec ex Praetorio nec ex solemni jure, privatorum conventione quidquam immutandum est; quamvis obligationum causae pactione possint immutari, et ipso jure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege, vel per Praetorem introductus, privatorum pact ionibus non infirmatur, nisi tunc cum inchoatur actio inter eos convenit.*“ l. 45 §. 1. D. eod. „*Privatorum conventio juri publico non derogat.*“ l. 13. C. de testamentis (6,23) „*Testandi de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: non autem jurisdictionis mutare formam vel jure publico derogare cuiquam permissum est.*“ Als Commentar zu dieser Stelle kann l. 55. D. de legat. I. (30) dienen: „nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.“ l. 5. §, 7. D. de admin. et peric. tutor. (20,7).

Zu vergleichen sind noch: l. 77. §. 3. D. de condit. et demonstr. (35,1), l. 15 §. 1. D. ad leg. Falc. (35, 2), l. 16. D. de suis et legit. (38,16), l. 81. D. de R. J. (50,17) Consult. vet. ICti IV. und als Paralele Code civil art. 6. „On ne peut déroger par des conventions

rechts sind hypothetischer Natur, kommen nur zur Anwendung, wenn nichts anderes verabredet ist, sind daher wenigstens in einem gewissen Umfange regelmäßig der Privatwillkühr unterworfen. Dies findet sich zwar nirgends geradezu ausgesprochen, aber der Satz: „jus publicum privatorum pactionibus mutari non potest," führt auf den Gegensatz: jus privatum privatorum pactionibus mutari potest, und angewandt finden wir dies wirklich in der Bemerkung: „Pacisci contra Edictum Aedilium licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea" [19]). Vom Edikt der Aedilen gilt recht eigentlich, daß es ad singulorum utilitatem pertinet, denn es bezweckt blos die Sicherheit der Käufer, ohne daß der Staat dabei unmittelbar interessirt wäre. Ueberhaupt leidet es aber, wenn uns auch direkte Zeugnisse fehlen, durchaus keinen Zweifel, daß wirklich die privatrechtlichen Bestimmungen in der Regel nur hypothetischer Natur sind, wie aus der ganzen Untersuchung sich in der Folge aufs bestimmteste ergeben wird. Ich sage aber in der Regel, denn ausnahmsweise können freilich auch Privatrechtsgrundsätze aus besondern Gründen für absolut erklärt seyn, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie Prohibitivgesetze sind [20]), z. B. Veräußerungsverbote, wie wenn ein Minderjähriger mit venia aetatis doch nicht seine Immobilien veräußern darf [21]); aber dann werden sie doch von den Römern auf eine sehr merkwürdige Weise von den Bestimmungen des jus publicum

---

particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs."

19) l. 31. D. de pactis (2, 14).

20) l. 5. C. de legibus (1, 14).

21) l. 3. C. de his qui ven. aet. (2, 45).

unterschieden. Nämlich die wegen ihres Verstoßes gegen das jus publicum ungültigen Verträge und Bedingungen werden pacta und conditiones contra *jus publicum* oder contra *bonos mores* genannt, hingegen die wegen ihres Verstoßes gegen absolute Privatrechtsbestimmungen ungültigen Verträge oder Bedingungen pacta und conditiones contra *Leges*, *Edicta*, *Senatusconsulta* u. s. w. nach Verschiedenheit der verbietenden Rechtsquelle. Der Ausdruck pacta contra jus schlechtweg, der zuweilen vorkommt [22], mag vielleicht auf beide Fälle gehen.

Gegen diese Interpretationsregeln, deren Wahrheit natürlich erst aus der durchgeführten Anwendung im Einzelnen, erhellen kann, wird man vorläufig blos von Seiten der Sprache betrachtet, im Allgemeinen wol nichts Erhebliches einzuwenden haben, denn sie thun den Worten keine Gewalt an. Nur an den boni mores, die ich hier mit dem jus publicum in Verbindung bringe, wird man ohne Zweifel einen bedeutenden Stein des Anstoßes finden, auch kann ich dem nicht schon jetzt vollständig begegnen; indessen muß ich doch durch ein Paar Vorbemerkungen wenigstens eine gewisse Empfänglichkeit und Gastfreiheit für meine bonos mores zu erregen suchen und ich zweifle nicht, daß ich diesen Zweck erreichen werde, wenn ich bemerke, daß das Honestum, wie unten gezeigt werden soll, das Princip des jus publicum ist, daß in mehreren Stellen die boni mores ausdrücklich mit den Staatsangelegenheiten und dem Staatsinteresse in Verbindung gebracht [23], daß sehr häufig die

---

22) l. 12. §. 1. D. de pact. dotal. (23, 4). Dieselbe Allgemeinheit scheinen die Ausdrücke: contra und secundum juris formam zu haben: l. 49. §. 2. D. de fidejussor. (46, 1) l. 114. §. 7. D. de legat. I. (30.)

23) l. 33. D. de injuriis (47, 10) „Quod venerandae reipu-

pacta et conditiones contra leges constitutionesque u. s. w. und die pacta contra bonos mores recht ex professo als die beiden Hauptarten der ungültigen Verträge und Bedingungen neben einander angegeben [24]) und daß

---

blicae causa *secundum bonos mores* fit, etiamsi ad contumeliam alicujus pertinet, quia tamen non ea mente magistratus facit, ut injuriam faciat, *sed ad vindictam Majestatis publicae* respiciat, actione injuriarum non tenetur" l. 116. pr. D. de R. J. (50.17) „Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet quam vis atque metus, quem comprobare *contra bonos mores* est." Beachtungswerth folgt gleich im §. 1 die Bemerkung. „Non capitur qui jus publicum sequitur:" Durch die boni mores werden auch, was aber erst in der Folge recht klar werden kann, in einem gewissen Grade der Platz den man als Staatsbürger im Staate einnimmt und die davon abhängigen Rechte bestimmt, worüber zu vergleichen ist: 1) l. 46. §. 1. D. de V. S. (50,16) l. 41. §. 1. D. de ritu nupt. (23,2) und als Anwendung davon l. 13. l. 24. l. 44 §. 6 und 7. D. eod., 2) l. 2. C. de his qui ven. aet. (2,45).

24) l. 14. D. de condit. instit. (28, 7) „Conditiones contra *Edicta Imperatorum*, *aut contra leges*, *aut quae legis vicem obtinent*, scriptae, vel quae contra *bonos mores*, *vel derisoriae* sunt, aut hujus modi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur." Paulus I., 1. §. 4. „Neque *contra leges*, *neque contra bonos mores* pacisci possumus." 1. 6. C. de pactis (2,3) „Pacta quae *contra leges constitutionesque*, vel quae *contra bonos mores* fiunt, nullam vim habere indubitati juris est." Consultat. vet. ICti IV. (Paulus) „Neque *contra leges*, neque *contra bonos mores* pacisci possumus." (Idem) „Pacta vel conditiones *contra leges*, *vel decreta principum*, *vel bonos mores* nullius momenti sunt." (Diocletianus et Maximianus) „Pactum neque *contra bonos mores*, neque *contra leges* emissum valet."

endlich die ungültigen Erbverträge und eine Menge anderer ungültiger Verträge, von denen allen sich unbestreitbar darthun läßt, daß sie wegen ihres Verstoßes gegen das jus publicum reprobirt sind, sehr häufig pacta contra bonos mores genannt werden [25]), während unter den zahllosen Stellen, welche Verträge, weil sie dem öffentlichen Recht widerstreiten, für nichtig erklären, und die im Verlauf der Untersuchung alle vorkommen werden, mir nur zwei aufgestoßen sind, worin ein solcher Vertrag contra leges genannt würde, und in beiden ist es noch dazu nur sehr uneigentlich der Fall, und erklärt sich überdies noch daraus, daß beide von Bestimmungen des jus publicum reden, die durch Leges eingeführt worden sind, nämlich durch die Lex Falcidia und durch die Lex Julia et Papia Poppaea.

III. Von dem was die Römer als publici juris ansahen wird häufig gesagt: „Reipublicae interest" und dagegen von dem was als privatum jus betrachtet ward, „Reipublicae non interest." So wird in Beziehung auf das Verhältniß der dos zur Ehefrau, von dem ich unten zeigen werde, daß dies publici juris sey, gesagt „Reipublicae interest dotes salvas esse" [27]), und dagegen in Be-

---

25) In einer andern Verbindung sollen eine Menge dies beweisende Stellen angegeben werden, hier daher nur einige zur Probe: l. 15. D. de V. O. (45, 1), l. 4. C. de inutil. stip. (8, 39), l. 30 C. de pactis (2, 3), l. 5. C. de condict. ob turp. caus. (4, 7), l. 134 D. de V. O., l. 5. D. de usuris (22, 1), l. 27. D. de pact. dotal. (23, 4), l. 14. §. ult. D. sol. matr. (24, 3).

26) l. 15. §. 1. D. ad leg. Falc. (35, 2), l. 6. §. 3 und 4. D. D. de jure patronatus (37, 14).

27) l. 1. D. sol. matrim. (24, 3), l. 2. D. de jure dotium. (23, 3), l. 18. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

ziehung auf die Vormundschaft: „Reipublicae non interest res pupilli salvas esse:“ [28]), wobei wir uns nur zu erinnern brauchen, daß ursprünglich die Tutel ein Privatrecht der legitimi heredes war, denn später ist sie freilich ein publicum munus geworden, und gehört ins jus publicum.

IV. Rechte die im jus publicum ihre Wurzel haben, sind öffentliche Rechte, hingegen Rechte, die im jus privatum basirt sind, Privatrechte. Wenn wir daher nachweisen können, ein Recht sey ein öffentliches oder ein Privatrecht, so können wir daraus rückwärts abnehmen, ob der Rechtsgrundsatz, worin es fundirt ist, juris publici oder privati sey. Dies führt auf eine nähere Betrachtung von jus publicum und privatum im subjectiven Sinne.

§. 4.

Die Eintheilung jus vel publicum vel privatum est, ist anscheinend zwar nur eine Eintheilung des Rechts im objektiven Sinne, indessen ist die Doppelsinnigkeit der meisten Römischen Erklärungen des Wortes jus zu bekannt, als daß nicht schon die Vermuthung dafür seyn sollte, daß jene Eintheilung auch die Rechte im subjektiven Sinne betreffe. Zwar finden sich nicht gerade die Ausdrücke jus publicum und jus privatum als Bezeichnungen für Ein öffentliches und Ein Privatrecht gebraucht *), indessen läßt es sich durchaus nicht bezweifeln, daß die Römer wirklich auch die Rechte im subjektiven Sinn, in öffentliche und Privatrechte unterschieden, und daran sehr praktische Folgen geknüpft haben. Es wird wol Niemandem einfallen zu behaupten, die Amtsrechte der

---

28) l. 2. §. 5. D. ad municipalem (50, 1).

*) S. jedoch, l. 5. §. 2. D. de capite minutis (4, 5).

magistratus gälten nach Römischer Ansicht nur als Privatrechte der letztern, und vom jus testamentifactionis wird auch ausdrücklich gesagt, daß es ein öffentliches Recht sey [29]). Allein ich will mich hier nicht dabei aufhalten, eine Sache zu beweisen, die sich eigentlich von selber versteht, und über deren Existenz auch die ganze folgende Untersuchung keinem Zweifel Raum lassen wird.

Dagegen kommt es hier darauf an, die unterscheidenden Charaktere auzugeben, welche das eigenthümliche Wesen der öffentlichen Rechte im Gegensatz gegen die Privatrechte ausmachen. Ich glaube als solche vorzüglich drei aufstellen zu können, nämlich:

I. Die öffentlichen Rechte sind an die Individuen Derer geknüpft, denen sie einmal gesetzlich zustehen, bei den Privatrechten gehört dies hingegen nicht zur Natur der Sache, wenn es gleich auch ausnahmsweise statt finden kann;

II. Daher können die öffentlichen Rechte durch Privatverträge weder aufgegeben, noch auf Andere übertragen werden, hingegen bei den Privatrechten ist dies in der Regel möglich;

III. Und daher endlich werden die öffentlichen Rechte nicht vererbt, während in die Privatrechte regelmäßig Erbfolge Statt findet.

Bei einigen Arten öffentlicher Rechte kommen dazu noch ein Paar andere charakteristische Merkmale, von denen indessen besser in anderer Verbindung geredet werden wird; hier aber ist es dagegen wol nicht überflüßig nochmals zu bemerken, worauf schon hingedeutet worden ist, daß nämlich die aufgestellten Principien bei einzelnen Rechten aller-

---

29) l. 3. D. qui test. fac. poss. (28, 1) „Testamentifactio non privati sed publici juris.“

dings Ausnahmen leiden, aber immer lassen sich dann doch diese Unregelmäßigkeiten auf besondere Gründe, wodurch sie veranlaßt worden sind, zurückführen.

Die aufgestellten Charaktere bedürfen indessen noch einer näheren Erörterung; bevor ich mich jedoch zu dieser wende, wird es zweckmäßig seyn, die Klassification der Rechte vorzunehmen, welche ich vermöge der hier und oben für den Unterschied von jus publicum et privatum im objectiven Sinne aufgestellten Kriterien, rechtfertigen zu können glaube.

I. Oeffentliche Rechte. Diese sind:

1) Alle Fundamentalrechte der Rechtssubjecte, also:
   A. des Staates,
   B. der Rechtssubjecte im Staate, nämlich
      a) der eigentlichen Personen (Jura status civitatis),
      b) der juristischen Personen.
2) Die Jura singularia. Doch könnte es hier wol seyn, daß einige jura singularia von den Römern als Privatrechte betrachtet worden wären, aber dies sind gerade solche, bei denen man es nach unsern gewöhnlichen Begriffen am wenigsten vermuthet.
3) Die Amtsrechte, was aber nicht auf die Rechte der eigentlichen magistratus zu beschränken ist, sondern die Rechte aller Derer, welche einen gewissen Posten im Staate einnehmen, wie z. B. Senatoren und Ritter gehören hierher, so ferne diese Rechte nur als Ausfluß jenes Postens zu betrachten sind.
4) Die eigentlichen Familienrechte, sowol reine als angewandte.
5) Gewisse Klagrechte, nämlich
   A. die Actiones [30]) populares,

---

30) Ich brauche hier Actio in dem Sinn, wie er im pr. J.

B. die Interdicta popularia,
C. die Accusationes populares,
D. die Actiones und Accusationes des Familienrechts.

6) Mehrere untergeordnete processualische Rechte.

II. Privatrechte. Diese sind

1) die Besitzrechte, die jura possessionis.
2) Die Privilegien.
3) Vielleicht einige ura singularia, wie schon vorher bemerkt worden.
4) Eigenthum.
5) Jura in re.
6) Obligationes im strengen Römischen Sinn.
7) Alle nicht unter den öffentlichen Rechten genannte Klagrechte.
8) Alle Exceptionsrechte.
9) Mehrere untergeordnete processualische Rechte.

Noch kann ich nicht unterlassen, hier eine Bemerkung anzuschließen, die zum Verständniß der folgenden Ausführungen von Wichtigkeit ist. Zufolge der gegebenen Uebersicht sind die Rechte, welche ins jus quod pertinet ad actiones gehören, die Klag- und Exceptionsrechte, so wie die sonstigen processualischen Rechte, theils öffentliche theils Privatrechte. Eben so gehören, wie unten nachgewiesen werden soll, die Rechtsbestimmungen, welche ins jus quod pertinet ad actiones einschlagen, theils ins publicum, theils ins privatum jus. Damit wäre also erklärt, wie ich oben das jus quod pertinet ad actiones, ein jus mixtum habe nennen können; damit wäre aber auch

---

de act. (4, 6) vorkommt, nicht als Klage, sondern als Klagrecht, und eben so die Ausdrücke: Interdictum und Accusatio.

zugleich der Schlüssel zu dem dreitheiligen Römischen System gefunden. Diejenigen Lehren, welche weder ausschließlich ins publicum jus noch ins privatum jus gehören, haben die Römer, worauf auch schon der materielle Zusammenhang sie führen mußte, in einen eigenen Abschnitt zusammengestellt, und nichts ist also natürlicher, als die Dreitheiligkeit des Römischen Systems, und daß man dabei den dritten Theil nicht bloß als jus mixtum hat bezeichnen wollen, sondern lieber eine vom Gegenstande entlehnte Benennung gewählt, und daher nun auch den beiden ersten Theilen entsprechende Namen gegeben hat, ist eben nicht zu verwundern. Es mag dabei auch noch dies mitgewirkt haben, daß sich bei der Abhandlung der einzelnen Rechte der Gegensatz von jus publicum und privatum nicht ganz rein halten läßt; z. B. bei der dos muß auch vom Eigenthum des Mannes an derselben, in der Lehre von der potestas auch vom Eigenthum an Sclaven die Rede seyn, und eben so umgekehrt im Privatrechte. Indessen verlange ich keineswegs, daß man mir diese Sätze aufs Wort glauben soll, die vollständige Begründung derselben kann aber erst in der Folge gegeben werden. Zuvörderst habe ich jetzt die vorhin ausgesetzte Erörterung der aufgestellten unterscheidenden Charaktere der öffentlichen und der Privatrechte nachzutragen, soweit dies in abstracto geschehen kann.

§. 5.

Das erste angegebene Merkmal der öffentlichen Rechte war, daß sie an die Individuen Derer gebunden sind, denen sie einmal gesetzlich zustehen. Weil indessen dieses Merkmal nur ein Resultat der beiden folgenden ist, so haben wir nur diese hier näher zu untersuchen. Das zweite war nun, daß die öffentlichen Rechte nicht durch Privatverträge auf-

gegeben, oder auf Andere übertragen werden können. Dies hat zuerst Savigny's fruchtbarer Scharfsinn entdeckt [31]), und diese Bemerkung ist gewissermaßen der Geburtshelfer für meine ganze Theorie geworden. Daß nun wirklich jener Charakter allen von mir als jura publica aufgestellten Rechten eigen sey, sich hingegen bei den Privatrechten nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen, wie z. B. bei den Personalservituten finde, wird sich bei der Durchführung und Prüfung der einzelnen Klassen der Rechte ergeben. Man könnte nur noch fragen, ob dieser Unterschied wirklich aus einem bestimmten Princip, oder aus Zufall und Willkühr geflossen sey, und ob im ersten Fall das Princip gerade in der Römischen Ansicht vom Wesen des jus publicum, oder in etwas Anderem zu suchen sey. Allein ich glaube nicht, daß darüber eigentlich ein gegründeter Zweifel obwalten kann, denn

1. ist bei einer Sache, die nicht erst aus der willkührlichen späteren Kaiserzeit stammt, sondern unstreitig uralten Rechtens ist, schon an sich die Vermuthung dafür, daß ein Volk, welches überhaupt so gewohnt war, in allen wichtigern Verhältnissen einfache, feste Grundideen zu befolgen, auch bei jener so constant festgehaltenen Unveräußerlichkeit gewisser Rechte ein bestimmtes leitendes Princip gehabt haben werde, um so mehr, da die Rechte bei denen wir jenen eigenthümlichen Charakter finden, nicht solche sind, auf welche etwa bloß ein subtiler Casuist Rücksicht nimmt, sondern solche, die tief ins ganze bürgerliche Leben eingreifen.

2. In den allgemeinen sowol als in den speciellen Titeln der Pandekten und des Codex „de pactis", „de

---

31) Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. Band 1 S. 129 u. f.

pactis dotalibus“ u. s. w. finden wir eine Menge Stellen, worin es heißt: diesem oder jenem Recht solle man nicht entsagen, dies oder jenes solle nicht ausgemacht werden können, bald mit der Bemerkung, ein solcher Vertrag sey contra jus publicum, oder contra bonos mores, oder nicht de re privata vel familiari geschlossen, bald auch ohne weitern Zusatz; dann heißt es wieder in andern Stellen: dies und dies könne ausgemacht werden. Wir sind nun wol, wenn auch nicht früher, doch wenigstens durch Blume's Abhandlung belehrt worden, daß die Pandektenfragmente nicht so ganz willkührlich, oder richtiger, gedankenlos an einander gereiht sind, als man häufig geglaubt hat. Man kann daher wol mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß auch diese ungültigen und gültigen Verträge nicht blos in den Titeln de pactis wie in einer Rumpelkammer zusammengeworfen sind, sondern durch ein inneres Band verknüpft werden. Sie gründen sich ohne Zweifel auf eine allgemeine Theorie der Verträge, und hier liegt nun nichts näher, als diese im Gegensatz des jus publicum et privatum zu suchen, von dem wir ja schon gesehen haben, daß er einen so großen Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge habe, wozu nun noch dies hinzukommt, daß die Rechte, hinsichtlich deren die aufgebenden Verträge für ungültig erklärt werden, gerade solche sind, bei welchen auch meine andere Kriterien der öffentlichen Rechte zutreffen.

3. Wir finden nun auch ziemlich klar und bestimmt in mehreren Stellen darauf hingedeutet, daß wirklich nur Privatrechte, nicht aber öffentliche Rechte, durch Privatverträge aufgegeben, oder auf Andere übertragen werden können; nur de re privata vel familiari, nicht aber de re publica soll man pacisciren dürfen [32]).

32) l. 27. §. 4. l. 7. §. 14. — 16. D. de pactis (2, 14) l. 15

4. Die absolute Natur der Bestimmungen des publicum jus im objectiven Sinne, führt sehr unmittelbar darauf, Gleiches bei den öffentlichen Rechten im subjectiven Sinne zu suchen, und

5. endlich wird dies auch durch das ganze Wesen der Rechte bestätigt, welche ich als öffentliche aufgeführt habe. Man hat diese nämlich nicht sowohl blos um seinetwillen, sondern vielmehr entweder allein oder doch zum Theil um des Staates willen. Bei den Amtsrechten springt dies in die Augen, aber auch bei den Fundamentalrechten der Staatsbürger ist es nicht weniger der Fall. Ein Staat von Rechtlosen ist ein Unding, es gehört also zum Wesen des Staates, daß die Mitglieder Rechte haben; ob ein Paar mehr oder weniger, kann nach der Verfassung der verschiedenen Staaten verschieden seyn, aber durch gänzliche Entziehung der Rechte ist die Idee des Staates und der Staatsbürger vernichtet. Nun kann man freilich wol sicher seyn, daß nicht Alle auf ein Mal ihre Staatsbürgerrechte aufgeben und dadurch den Staat aufheben werden, aber nicht zu verwundern ist es doch, wenn die Römer geradezu den Grundsatz aufgestellt haben, daß man seinen Staatsbürgerrechten nicht durch Vertrag mit Andern entsagen könne und dürfe. Dasselbe läßt sich nun in der That hinsichtlich aller von mir als jura publica aufgestellten Rechte nachweisen, indessen muß diese Ausführung natürlich bis zur speciellen Erörterung der verschiedenen Klassen der Rechte verspart werden. Ganz anders steht es um die Privatrechte. Das Recht Eigenthum, jura in re, Forderungen, Pri-

---

§. 1. D. ad leg. Falcid. (35, 2) l. 2. §. 8. D. de admin. rer. ad civ. pert. (50, 8) l. 2. C. de his quae sponte (10, 43) Consultat. vet. ICti. IV.

vilegien, Besitzrechte u. s. w. haben zu können, gehört allerdings zum Wesen des Staatsbürgers, und das jus commercii und dergleichen wird daher mit Recht von den Römern unter die Fundamentalrechte gesetzt. Ob man aber wirklich die davon abhängigen subordinirten Rechte, Eigenthum u. s. w. habe, oder ob man von Allem entblößt sey, reipublicae nihil interest; man ist darum, wenn gleich vielleicht faktisch weniger nützlich, doch juristisch eben so gut Staatsbürger, als der Allerreichste [33]). Auch muß sich hier der Staat darauf verlassen, daß nicht Alle ihre Privatrechte aufgeben werden, und so kann man auch im eigentlichsten Sinne sagen: reipublicae nihil interest, ob A dergleichen Rechte hat oder B, ob die res pupilli salvae sind, oder sich in anderer guter Unterthanen Hände befinden; Gleichheit läßt sich hier ja doch nicht erzwingen.

Ich könnte hiermit die Untersuchung im Allgemeinen über die Unveräußerlichkeit der öffentlichen Rechte schließen, wenn es mir nicht hier der passendste Ort schiene, einem Einwande zu begegnen, womit man versucht seyn möchte, meine ganze Theorie von vorn herein zu Boden schlagen zu wollen. Zu den öffentlichen Rechten muß ich als ein Familienrecht auch die väterliche Gewalt zählen, und ich bin allerdings gesonnen, dieselbe keineswegs fahren zu lassen, ungeachtet des, freilich leicht zu beseitigenden Satzes: „Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si vel magistratum gerat, vel tutor detur“ [34]). Nun aber ist es ja bekannt, daß die väter-

---

33) Auf dieser Ansicht beruhte die Gesetzgebung des Servius Tullius, und damit hängt auch zum Theil die spätere Unterscheidung von honestiores und humiliores zusammen.

34) l. 9. D. de his qui sui vel al. jur. sunt. (1, 6) l. 77. l. 78. D. de judiciis (5, 1)

liche Gewalt auf sehr verschiedene Weise durch Vertrag aufgegeben werden kann, durch Verkauf, noxae datio, Emancipation, Adoption und in manum conventio, denen allen ein Vertrag mit dem bisherigen paterfamilias zu Grund liegt. Dies sind freilich Anomalien, allein es soll unten gezeigt werden, wie die väterliche Gewalt durch Herüberziehen von Grundsätzen von der Sclaverei, durch welche überhaupt das Römische Familienverhältniß nicht nur sittlich, sondern auch juristisch corrumpirt worden ist, jene anomale Natur angenommen habe. Nur das Aufgeben der väterlichen Gewalt, indem man seine Tochter eine Ehe mit in manum conventio eingehen ließ, kann wol nicht auf diesem Wege erklärt werden. Allein hier bleibt mir eine andere sehr wahrscheinliche Erklärung offen. Wir finden bekanntlich drei Formen der Eingehung der strengen Ehe, confarreatio, coemtio und usus. Nun läßt es sich wenigstens bis zum höchstmöglichen Grade der Wahrscheinlichkeit erheben, oder eigentlich außer Zweifel setzen, daß bei einem Frauenzimmer, welches in potestate stand, nur durch usus Eingehung der in manum conventio möglich war. Meine Gründe sind folgende:

1. Daß die coemptio nur bei feminis sui juris statt fand, wissen wir gewiß, denn die Frau mancipirte sich selber, auch wird die Sache immer so dargestellt, daß die Frau dabei willkührlich über ihre Person verfügt habe, und als eine Hauptanwendung der coemptio wird angegeben: um die vorhandenen tutores, namentlich die legitimi, und dann, um die Sacra los zu werden, die doch beide nur bei einer femina sui juris zur Sprache kommen konnten [35]).

35) Gajus I. §. 113 — 115 Cic. de Oratore I. c. 56; pro Murena c. 12. „*Horum* (sc. ICtorum) *ingenio senes ad*

2. Die Confarreatio war überhaupt nur eine ausnahmsweise vorkommende Form, denn sie fand durchaus

---

coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt"; pro Flacco c. 34. „*In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed quaero, usu, an coemptione? Usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione? Omnibus ergo auctoribus. In quibus certe Flaccum fuisse non dices.*" Der Sinn ist: Usus konnte hier nicht Statt finden, denn den legitimis tutoribus kann nichts von ihren Rechten entzogen werden, ohne daß sie selber dabei ihre Auctoritas interponiren, dies ist aber beim usus unmöglich, weil dieser kein in einem einzelnen Akt bestehendes Rechtsgeschäft ist. Coemptio dagegen hätte zwar Statt finden können, aber hier sind nicht alle legitimi tutores auctores geworden, also kann auch auf diese Weise die in manum conventio nicht eingegangen seyn. Weshalb erwähnt aber Cicero nicht der confarreatio? Unstreitig weil der Ehemann ein simpler Plebejer, kein pontifex war, denn Andronicus Sextilius ist doch ein Plebejischer Name. Isidor. Orig. V. c. 24. „*Nam antiquus nuptiarum ritus, quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur ancilla uxor: sicut habemus in jure.*" Servius ad Virgil. Georg. I. ad vers. 31 (Teque sibi generum Tethis emat) „*Quod ait Emit, ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus et uxor invicem emebant.*" ad Virgil. Aen. IV. ad vers. 103. (Liceat Phrygio servire marito) *Sane hic coemptionis speciem tangit; coemptio enim est, ubi libra atquae aes adhibetur, et mulier atque vir inter se quasi coemptionem faciunt.*" Boethius in Top. Cic. Comment II. ad c. 3. „*Coemptio vero certis solennitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem interrogabant; vir ita: an mulier sibi materfamilias esse vellet; illa respondebat: „Velle:" Item mulier interrogabat, an vir sibi paterfamilias esse vellet;*

nur bei Priestern, pontifices, Statt. Boethius, der gelehrte Kenner Römischer Vorzeit und der gerade über die in manum conventio so gut unterrichtet gewesen ist, sagt es mit dürren Worten [36]), was man gewöhnlich ganz unbeachtet läßt, und es ließe sich wol gar aus nicht wenigen Stellen schließen, daß die in manum conventio nur bei einer gewissen Art von Priestern, nämlich den Flamines, deren Mitwirkung ja auch bei Vornahme der confarreatio erforderlich war [37]), Statt gefunden habe [38]).

3. Als zweite, bei allen Ständen anwendbare Form, blieb demnach nur der usus übrig, und da die coemptio durchaus eine femina sui juris voraussetzte, so war er die einzige allgemeine Art und Weise, wie eine femina in potestate eine Ehe mit conventio in manum schließen

---

ille respondebat: „Velle“ Itaque mulier viro conveniebat in manum, et vocabantur hae nuptiae per coemptionem, et erat mulier materfamillias viro loco filiae.“

36) Boethius l. c. „*Tribus enim modis uxor habebatur: Usu, Farreatione, Coemptione. Sed confarreatio solis Pontificibus conveniebat.*“

37) Servius ad Virgil. Georg. I. ad vers. 31: „Farre si per Pont. Max. et *Dialem flaminem* per fruges et molam salsam conjungebantur.“

38) Tacit. Annal. IV. c. 16. Gajus I. §. 112. Dion. Hal. II. c. 25. Servius ad Virgil. Aeneid. lib. IV. vers. 103.: „. . . quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flaminem et flaminicam jure Pontificio in matrimonium necesse est convenire, und: „*Mos aput Veteres fuit Flamini ac Flaminiae ut per farreationem in nuptias convenirent, sellas duas jugatas, ovili pelle superinjecta, poni, ejus ovis quae hostia fuisset, et ibi nubentes velatis capitibus, in confarreatione flamen ac flaminia residerent.*“

konnte, ja dies war sogar seine eigentliche und Hauptanwendung, denn wenn ein Frauenzimmer in tutela legitima stand, dann war der usus ausgeschlossen, wie die oben angegebene Stelle aus Cicero pro Flacco beweist [39]); nur also wenn etwa ein Frauenzimmer als sui juris keinen tutor legitimus hatte, was immer der seltnere Fall war, sondern unter einem tutor testamentarius, oder optivus, oder später auch dativus stand, oder gar keinen Vormund hatte, so ferne dies anging [40]), konnte auch außer dem Fall der patria potestas von in manum conventio durch usus die Rede seyn. Dies anzunehmen nöthigt uns nämlich Gajus [41]), wenn er wirklich wahr berichtet. Konnte nun aber die in manum conventio bei einem Frauenzimmer in potestate nur durch usus geschlossen werden, war also nicht der bloße Consens des Vaters hinreichend, um seine Gewalt auf den Ehemann zu übertragen, sondern mußte noch Verlauf eines Jahres hinzukommen, so erhellt, daß auch hier die Unveräußerlichkeit der öffentlichen Rechte durch Vertrag festgehalten sey, und sollte es auch etwa bei der confarreatio anders gewesen seyn, so wäre dies doch noch immer nur eine untergeordnete singulaire Ausnahme, wodurch hier so wie überall die Regel nicht umgestoßen werden kann.

Um allem und jedem Mißverständniß so viel möglich vorzubauen, wird es schließlich nicht überflüssig seyn, noch vor einer sehr leichten Verwechslung zu warnen. Verträge können kein hölzernes Eisen schaffen, daher sind natürlich

---

39) S. oben Note 35.

40) Livius lib. XXXIV. c. 2. Cic. pro Murena c. 12. Merkwürdig ist, daß Livius und Cicero sich fast gleicher Worte bedienen.

41) Gajus I. §. 111.

alle Verträge nichtig, welche der Natur der Sache und dem ganzen Begriff und Wesen eines Rechtsverhältnisses direkt widerstreiten. Dies gilt nicht bloß bei Verhältnissen des öffentlichen Rechts, sondern begreiflicherweise auch bei Privatrechtsverhältnissen; dies ist aber auch offenbar etwas ganz anderes, als wenn man nicht gegen das jus publicum und die absoluten Privatrechtsbestimmungen pacisciren und nicht die öffentlichen und gewisse besonders ausgenommene Privatrechte aufgeben oder übertragen darf. Im letztern Fall wäre in der Regel der ungültige Vertrag möglich, und nur weil er dem Zweck jener Rechtsbestimmungen und jener Rechte zuwiderlaufen würde, ist er für ungültig erklärt, hingegen ein der Natur der Sache und dem Begriff eines Verhältnisses zuwiderlaufender Vertrag ist nicht sowol durchs Recht für ungültig erklärt, als deshalb ungültig, weil er ein rechtliches Unding enthält. Verträge dieser Art gehören daher ungeachtet ihrer Nichtigkeit auch weder zu den pactis contra leges, noch zu den pactis contra jus publicum oder bonos mores, so wenig als die physisch-unmöglichen Bedingungen unter die conditiones contra leges oder contra jus publicum zu setzen sind. Unter den pactis quae ad jus spectant im Gegensatz gegen die quae ad voluntatem spectant [42]) mögen sie vielleicht mitbegriffen seyn, doch wage ich darüber nicht zu entscheiden. Diese Unterscheidung ist aber sehr wichtig, denn aus der Ungültigkeit von Verträgen der letztern Art, dürfen wir nun durchaus keinen Schluß darüber ableiten, ob ein Rechtssatz oder ein Recht ins öffentliche oder ins Privatrecht gehöre. Wenn also z. B. die Römischen Juristen einen Vertrag, wodurch eine servitus praediorum bloß

---

42) l. 12. §. 1. D. de pactis dotal. (23, 4)

zum Vergnügen bestellt worden, deshalb für ungültig erklären, weil es zum Begriff einer solchen Servitut gehört, daß sie fundo utilis sey, so können wir daraus keineswegs ableiten, daß die Servituten juris publici sind. Uebrigens erklärt sich leicht, warum die Römer fast nie diese Verträge als eine eigene Art der ungültigen Verträge neben den andern aufführen; der Grund liegt darin, weil hier die Ungültigkeit sich nicht auf rechtliche Vorschriften gründet, sondern sich von selber versteht.

§. 6.

Das dritte und in der Durchführung das schwierigste unterscheidende Merkmal der öffentlichen Rechte war, daß sie nicht vererbt werden, während hingegen in die Privatrechte Erbfolge Statt findet. Die letztern sind es, welche zusammen die res privatae oder familiares ausmachen, auch selbst wohl unter dem Namen der familia vorkommen [43]), und sie haben das Eigenthümliche, daß sie nach ältester Römischer Grundansicht regelmäßig nicht einem einzigen Individuo, oder wenigstens mehreren Individuen unabhängig neben einander, sondern einer juristischen Person zustehen, entweder dem Staat, oder einer Commüne, einer universitas u. s. w. oder der juristischen Person der familia im engsten Sinne, d. h. hier dem Inbegriff der freien Personen, die wirklich durch potestas verbunden sind, also des paterfamilias, der filii- und filiaefamilias und der uxor in manu [44]). Die Privatrechte können auch

---

43) Ulp. fragm. XX. §. 9, XXVIII. §. 6. l. 195. §. 1. D. de V. S. (50, 16) l. 3. C. eod. (6, 38) und noch in vielen andern Stellen.

44) Die Servi und qui in mancipio sunt gehörten zwar auch zur Familie im engern Sinne, und erwarben als Glieder

blos einem Individuo zustehen, entweder ihrem Wesen nach, wie die privilegia personae, die exceptiones in personam und die Personalservituten, oder zufällig, wie wenn ein homo sui juris noch Niemanden in potestate hat, aber dies sind nur untergevrdnetete Ausnahmen. Diese Grundsätze sind jezt zu beweisen.

Die Römer denken sich die Menschen immer in gewisse Verbindungen vereinigt, in Staaten, und in diesen wieder in Communen und Familien, von welchen letztern nach ihrer Ansicht durch Erweiterung die größern Verbindungen ausgegangen sind [45]). Die rechtlichen Grundsätze wodurch die Stellung und das rechtliche Verhältniß der Glieder dieser Verbindungen in denselben bestimmt werden, sind es eigentlich, welche den Stamm des publicum jus bilden, so wie die Rechte der Glieder, welche sich auf jene Stellung beziehen, ihre öffentlichen Rechte ausmachen. Jede Verbindung kann aber auch Rechte haben, die wenn sie gleich faktisch gewöhnlich nicht wohl ganz entbehrt werden können,

---

derselben auch für sie, aber an den Rechten hatten sie ja keinen Theil.

45) Cic. de finib. bon. et mal. V. c. 23. „*In omni autem honesto, de quo loquimur, nihil est tam illustre, nec quod latius pateat, quam conjunctio inter homines hominum, et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum, et ipsa caritas generis humani: quae nata a primo statu, quo a procreatoribus nati diliguntur, et tota domus conjugio et stirpe conjungitur, serpit sensim foras, cognationibus primum, tum affinitatibus; deinde amicitiis, post vicinitatibus; tum civibus et iis, qui publice socii atque amici sunt, deinde totius complexu gentis humanae; quae animi affectio suum cuique tribuens, atque hanc quam dico, societatem conjunctionis humanae munifice tuens, justitia dicitur.*“

doch nicht dem rechtlichen Begriff nach zum Wesen der Verbindung gehören, deren Besitz ihr aber, wenn sie dergleichen hat, durch die gesammte Vereinigung garantirt ist. Dies sind nach Römischer Ansicht ihre Privatrechte, wie z. B. ihr Eigenthum, ihre Forderungen u. s. w. und diese können als Zufälligkeiten aufgegeben, auf andere übertragen werden und dergleichen mehr. So lange dies aber nicht geschehen ist, gehen sie in der juristischen Person fort, und wechseln den Herrn, so wie die Substrate der juristischen Person sich allmählig verändern. Bei den Privatrechten des Staats und der universitates tritt die Wahrheit dieser Sätze von selber hervor, und hier kann es nicht füglich anders seyn; aber Gleiches finden wir in der That auch in der Römischen Familienverbindung. Nicht bloß bei den alten Germanen, sondern auch bei den alten Römern war, wie es bei patriarchalisch geordneten Völkern so natürlich ist [46], die familia im engsten Sinn, das eigentliche Subject der Privatrechte [47]. Es ist ge-

---

46) Schwerlich möchten daher die Römer in diesem Punkte nur einen deutschen Grundsatz angenommen haben, und ich darf mir wol nicht schmeicheln, hier einen Beitrag zu der von C. S. Zachariae Progr. de originibus juris Rom. *ex jure Germanico repetendis.* Heidelb. 1817. vertheidigten Behauptung geliefert zu haben.

47) Ich bin übrigens weit entfernt zu glauben, daß ich hier etwas Neues sage. So lange Römisches Recht getrieben worden ist, hat es Juristen gegeben, die dasselbe behauptet haben, was auch nicht zu verwundern ist, da man nicht nur ein wenig im Corpus juris herumlesen kann, ohne auf die bekannte Erklärung der Sui heredes zu stoßen; so lange wir aber noch nichts von der improba possessio des Gajus wußten, ist es eben so wenig zu verwundern, wenn gerade Diejenigen, welche

wiß ganz falsch, wenn man sagt, die filiifamilias wären unfähig Vermögen oder richtiger Privatrechte zu haben; sie waren nicht bloß in der späteren Zeit nicht unfähig, sondern auch nicht in der früheren, und ihnen gehörten diese Rechte so gut, wie dem Familienhaupte. Der Unterschied lag nur darin, daß so wie der Regent Verwaltung des Staatsvermögens hat, so dem paterfamilias als Monarchen und Repräsentanten des kleinen Familienstaates, allein Verwaltung und Disposition über die Privatrechte des letztern zustand und zwar — was bei den alten Deutschen nicht der Fall war — mit der unbeschränktesten Freiheit, jedoch nicht über sein Leben hinaus, daher bekanntlich vor den 12 Tafeln, ausser den Soldaten, die hier ein besonderes Privilegium genossen, Niemand ohne Genehmigung der Comitia curiata über das Schicksal der Privatrechte nach seinem Tode testiren durfte; und daß wir in letzterer Beziehung wohl schwerlich schon damals an eine bloß vor 30 Liktoren und dem Pontifex Maximus vorgenommene Förmlichkeit [48]) denken dürfen, hat Wachsmuth hinlänglich gezeigt [49]); die Curienversammlungen kommen auch noch nach den 12 Tafeln als Akte der höchsten Gewalt ausübend vor. Durch diese Annahme der Gemeinschaftlichkeit der Privat-

---

am besten die dieser Ansicht entgegenstehenden Gründe zu übersehen vermochten, in jener Erkläruug der Sui kein genügendes Fundament für diese Theorie finden wollten. Jetzt glaube ich sie indessen durch neue Argumente hinlänglich basiren zu können.

48) S. Hüllmanns Staatsrecht des Alterthums, Cöln 1820 §. 72 S. 367 u. f.

49) Wachsmuth, die ältere Geschichte des Römischen Staats, Halle 1819 S. 337 u. f.

rechte erhält erst die bekannte unitas personae zwischen paterfamilias und filiisfamilias [50]), die wir hinsichtlich der Rechtsgeschäfte zwischen ihnen so streng durchgeführt finden, indem sie keine getrennten Privatrechtsverhältnisse sollen haben können [51]), ihr rechtes Licht, so wie ferner die constante Römische Erklärung der Sui heredes, und ihres Erwerbes der väterlichen Erbschaft ipso jure, nemlich weil sie schon bei Lebzeiten des Vaters Herren des Vermögens wären und daher den Besitz dessen, was schon das Ihrige, das Suum sey, nicht sowol erwürben als fortsetzten [52]), und endlich was eigentlich der Satz sagen will: „filiusfamilias et servus omnia patri ac domino adquirunt." [53]). Es steckt in der That der Grund-

---

50) l. 11 C. de impub. et al. substit. (6, 26).

51) Nur obligationes naturales waren zwischen den Gliedern der familia im engeren Sinne nach älterem Rechte möglich, weil doch das jus gentium nichts von der unitas personae, von der Verknüpfung zu einer juristischen Person, zu Einem Rechtssubject hinsichtlich der Privatrechtsverhältnisse wußte: l. 38 pr. §. 1 u. 2 D. de cond. indeb. (12, 6) l. 4 l. 11 D. de judiciis (5, 1), l. 11. §. 8 D. de institor. act. (14, 3), l. 2 pr. D. de contr. empt. (18, 1), l. 14 §. 3 D. de in diem addict. (18, 2), l. 56 §. 1 D. de fidejussor. (46, 1), l. 16 D. de furt. (47, 2), l. 15 §. 1 — 3 D. de castr. pec. (49, 17), §. 6 J. de inutil. stip. (3, 19). Durch die Peculien ward natürlich darin manches geändert.

52) Gajus II. §. 157, §. 2. J. de her. qual. et diff. (2, 19) §. 2, 3, 8 J. de hereditat. quae ab intest. (3, 1); l. 11. D. de lib. et posth. (28, 2); l. 14. D. de suis et legit. (38, 16).

53) §. 5. J. per quas pers. (2, 9); l. 45. pr. §. 4. D. de V. O. (45, 1); Gajus II. §. 86 — 96; Ulp. Fragm. XIX. §. 18 — 21.

satz dahinter, daß Alles was ein Glied der familia im engsten Sinn, paterfamilias, filiusfamilias oder Sklave erwerbe, in das unter dem paterfamilias stehende Gesammtgut der Familie falle und gehöre, und daß man dies so ausdrückte, als wenn Alles dem paterfamilias erworben werde, ist eben nicht zu verwundern, da dieser ja wenigstens bei seinem Leben von jeher so behandelt ward, als wenn er allein Herr des Vermögens sey, und später auch mit Recht als alleiniger Herr angesehen werden konnte. Nachdem nemlich die in der Römischen Geschichte durchgehende Richtung auf individuelle Freiheit und auf Zerreißung aller Schranken und Banden alter Verbindungen, in den 12 Tafeln den Satz zu Wege gebracht hatte, daß jeder paterfamilias frei solle testiren dürfen, so war es sehr natürlich, wenn die Idee vom Gesammteigenthum der Familie mehr und mehr in den Hintergrund trat. Doch dauerte es noch lange, ehe man darauf verfiel, nun auch den filiisfamilias ein getrenntes Vermögen für sich einzuräumen, was zuerst in den peculiis castrensibus geschahe, vor allem aber in dem sogenannten peculium adventitium, wo Justinian endlich die Trennung der Familienglieder hinsichtlich der Privatrechte fast vollständig machte [54]). Als man aber erst angefangen hatte, die Individuen als Subjecte der Privatrechte zu betrachten, so war es ein kleiner Schritt, den Grund des Satzes „filiusfamilias et servus omnia patri ac domino adquirunt“ bloß in der engen Verbindung zwischen diesen Personen zu suchen und daher nun auch umgekehrt den Grundsatz aufzustellen, der ursprünglich durchaus nicht galt [55]), daß auch der pater-

---

54) l. 6. l. 8. C. de bon. quae lib. (6, 61).

55) l. 7. D. de pactis dotal. (23, 4).

familias seinen filiisfamilias erwerben könne. Wir finden diesen Grundsatz zuerst in einzelnen nach und nach immer vermehrten Anwendungen [56]), bis Justinian ihn in seinen Institutionen generalisirte und die ursprünglich nur die Verbindung zu einer juristischen Person ausdrückende unitas personae, gewissermaßen in eine physische Einheit verwandelte [57]).

---

56) l. 45 D. sol. matr. (24, 3), l. 45 §. 2 D. de V. O. (45, 1), l. 26 C. de jure dot. (5, 12), l. 7 C. de pactis convent. (5, 14), l. 18 pr. C. de jure delib. (6, 30), l. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61).

57) §. 4. J. de inutil stip. (3, 19) „*Ei qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquires: quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi adquiri possunt.*“

Ich kann nicht umhin, hier noch einen Grund für meine Ansicht anzuschließen, der mir erst später eingefallen ist. Die Schulden eines filiusfamilias haften bekanntlich bloß an seiner Person, werden nicht gemeinschaftlich. Eben so war es nun aber auch mit den Schulden eines paterfamilias vor der Lex Petillia Papiria. Der paterfamilias konnte zwar seine Schulden aus dem Familienvermögen bezahlen, aber sie hafteten doch nicht daran, trafen nicht von selber unmittelbar die Familie mit. Dadurch wird die alte Strenge des Personalcredits doppelt erklärlich, zugleich haben wir aber auch einen Grund mehr dawider, das berühmte in partes secanto auf eine sectio bonorum zu beziehen, eine Erklärung die mir keineswegs dadurch unterstützt zu werden scheint, daß es wie der G. J. R. Hugo sehr fein bemerkt hat, unvernünftig sey, den Schuldner mehrerer Gläubiger härter zu behandeln, als den Schuldner eines Einzigen. Gellius XX. c. 1. sagt ausdrücklich, daß auch wenn ein einziger Creditor da sey, der Schuldner uls Tiberim, aus dem Staate heraus ver-

Der Zweck dieser Untersuchung war aber das Erbrecht, und zu diesem kehre ich daher jetzt zurück. Ich hoffe nun durch das Bisherige gezeigt zu haben, daß die testamentarische Succession eigentlich etwas der Grundidee des Römischen Familienverhältnisses Widersprechendes war, wie wir es ja bei so vielen Völkern finden und in neueren Zeiten sogar im Code civil, der ja eigentlich nur Vermächtnisse, aber keine wahre Erbeseinsetzung kennt. In der ganzen Natur der Familienverhältnisse lag es, daß wenn der bisherige Repräsentant der Familie hinsichtlich der Privatrechte weggefallen war, die Repräsentation auf die andern Glieder der juristischen Person überging. Es bedurfte dazu keines besondern Erwerbes, denn jene Rechte gehörten ihnen schon, nur das publicum jus, die Stellung der Familienglieder in der Familie und daher auch zu den Privatrechten änderte sich. Das Fortgehen der Privatrechte in der Familie war daher wesentlich nichts anders, als wenn im Staate oder in einer universitas beim allmähligen Wechsel der Substrate der Gemeinheit, die Privatrechte nach und nach an ganz andere Subjecte kommen, und daß dabei einige aus der Natur der Familie hervorgehende Eigenthümlichkeiten Statt fanden, z. B. daß die Familie und damit auch die Privatrechte und die Repräsentation hinsichtlich derselben sich spalten

---

kauft, oder getödtet werden solle, „capite poenas dabit.“ Wenn nämlich gleich poena capitalis auch auf das bürgerliche caput geht, l. 103 D. de V. S. (50, 16), so möchte doch wol capite poenas dare nie in diesem weiten Sinn vorkommen und neben dem uls Tiberim venundato ist auch ganz unmöglich, es so zu nehmen. Mehrere Creditoren hatten nur als Zugabe das Recht, daß sie sich wenigstens in die Person drs Debitors theilen durften.

konnten, war ja in der That nur ein untergeordneter Unterschied.

Diese Grundansicht finden wir nun auch lange aufs strengste festgehalten. Waren beim Tode eines paterfamilias keine Sui heredes da, dann waren eigentlich die Privatrechte res nullius, herrenlos geworden und jeder konnte zugreifen. Bei der Existenz eines Suus heres ist die improba possessio die wir aus Gajus kennen gelernt, ganz undenkbar, alsdann konnte nemlich keine hereditas jacens entstehen, dies wäre mit dem beim Suus heres Statt findenden Eintritt ipso jure an die Stelle des paterfamilias unvereinbar gewesen, auch sind noch sonst entschiedene Gründe dafür vorhanden [58]). Zwar geschieht

---

58) 1. Der Grund, den Gajus II. §. 55 für die Entstehung der improba possessio angiebt, paßt nur auf extranei heredes.

2. In l. 2. C. de usurpat. pro hered. (7, 29) eine Stelle, auf die mich erst Herr Professor Hasse aufmerksam gemacht, da ich sie anfangs ganz übersehen hatte, heißt es ausdrücklich: „Nihil pro herede posse usucapi, *suis heredibus* existentibus magis obtinuit.“ Wie kommt aber Diocletian, denn von dem ist die Stelle, dazu, von der usucapio pro herede zu reden? Ich glaube so: Hadrian hatte zwar die *improba* possessio abgeschafft, aber nicht die *justa*, nicht die des bonorum possessor. Dieser bedurfte nun aber der Usucapion in zwiefacher Hinsicht: A. Allgemein, um dominium ex jure Quiritium zu erlangen, denn durch die bonorum possessio erhielt er nur die Erbschaftssachen in bonis. Gajus III. §. 80. B. Wenn seine bonorum possessio sine re war, wo er der Usucapion bedurfte, um sich gegen den legitimus heres zu schützen. Hier hatte man nun aber den Grundsatz, daß gegen den Suus keine usucapio pro herede möglich sey, wieder festgehalten, und stand also ein suus heres vor

auch der improba possessio beim necessarius heres Erwähnung [59]), allein sollte darunter auch der *suus* et necessarius heres mitbegriffen seyn, so müßte sich dies unstreitig auf das spätere vom Prätor den Suis ertheilte beneficium abstinendi gründen; aber regelmäßig ist ja unter dem necessarius heres schlechtweg nur der zum Erben eingesetzte Sklave verstanden, und daß dieser Sinn auch in der citirten Stelle von Gajus anzunehmen sey, dafür spricht, daß Hadrian die improba possessio im Fall eines necessarius heres soll stehen gelassen haben, während er sie in den anderen Anwendungen abschaffte [60]). Ob nun schon vor den 12 Tafeln, oder erst vermöge Bestimmung der letzteren, der weiteren familia, den Agnaten, dem Patron und den Gentilen, wenn keine Sui da waren ein Recht auf die Verlassenschaft zustand, kann hier einerlei seyn, es war dies Recht auf jeden Fall viel beschränkter als das der Sui, denn nur den beim Tode des paterfamilias nächsten Agnaten ꝛc. war die Succession ein für alle Mal deferirt [61]) und es konnte dieselbe

---

dem bonorum possessor, so half diesem der Besitz in der Usucapionszeit nichts. Aus diesem Herüberziehen von der improba possessio auf die justa possessio erklärt sich das „magis obtinuit“ der l. 2. C. cit.

59) Gajus II. §. 58. „Sed necessario tamen herede extante ipso jure, pro herede usucapi potest.“

60) Gajus II. §. 57.

61) Der alte Satz: „in legitimis hereditatibus non est successio“ konnte wenn Sui da waren, da diese im Moment des Todes des Erblassers ipso jure ohne ihr Wissen und Willen eintraten, nicht zur Sprache kommen, da jene nicht ausschlagen konnten und zum sonstigen Wegfallen keine Zeit hatten, sondern der Satz konnte sich nothwendig nur auf die Klasse der Agnaten, auf die nachherige Klasse

überdies durch improba possessio in einem Jahre gänzlich vereitelt werden [62]). Selbst die Einführung der prätorischen bonorum possessio machte ja der Herrenlosigkeit des Vermögens im Fall der Nichtexistenz eines Suus heres nicht geradezu ein Ende, so wie auch nicht einmal die Verordnung Hadrians, welche die improba possessio doch im Fall des necessarius heres bestehen ließ, und sogar im Justinianischen Rechte finden wir noch eine Spur derselben im crimen expilatae hereditatis, welches nicht als furtum gilt, des unpraktischen Satzes, daß die hereditatis petitio auch gegen den praedo, gegen den qui pro possessore possidet Statt finde [63]), nicht zu gedenken.

Es ließen sich wol noch einige untergeordnete Gründe mehr angeben, indessen wird, glaube ich, schon aus dem bisher Angeführten hinlänglich erhellen, daß die Römische Erbfolge ihrem Ursprunge nach nichts sey als ein Fortgehen und Fortbestehen der Privatrechte in der juristischen Person der Familie, blos mit verändertem Subject des Vermögensrepräsentanten, und selbst die Succession der Agnaten, des Patrons und der Gentilen, ließe sich wol

---

der consanguinei, auf den Patron, und etwa auch auf die Gentilen beziehen. Da nun erst die Lex Papia Poppaea dem aerarium das bonum vacans zuschanzte, so war die nothwendige Folge jenes Satzes, daß vorher, wenn keine Sui da waren, und der sonstige nächstberufene legitimns heres nicht erwarb, die Privatrechte absolut herrenlos blieben, bis sie durch improba possessio usucapirt waren.

62) Gajus II. §. 52 — 54.

63) §. 3. J. de interd. (4, 15), l. 11. pr. D. de hered. petit. (5, 3), l. 33 §. 1 D. de usurpat. (41, 3), Gajus IV. §. 144.

auf dieses Prinzip zurückführen, indem diese auch in einer weitern Gemeinschaft mit dem Erblasser standen. Es spricht dafür, daß wir überhaupt in so mannichfachen Beziehungen die Succession der Corporationen in das Vermögen ihrer Glieder im Römischen Rechte finden, nnd sogar der Anspruch des Staates auf das bonum vacans möchte vielleicht aus dieser Ansicht geflossen seyn. Ob übrigens von jeher, auch schon bevor die Lex Petillia Papiria Realcredit eingeführt hatte, auch die Schulden vererbt wurden, oder ob diese als rein persönlich mit der Person des Debitors abstarben, weiß ich nicht gewiß, es kommt aber auch für meinen Zweck nichts darauf an[64 a]. Dagegen ist es mir allerdings von Wichtigkeit zu beweisen, daß auch später die Erben durchaus nur in die als wahre obligationes begründeten Schuldverhältnisse des Erblassers eintraten. Man sagt nämlich gewöhnlich, der Erbe müsse alle facta, alle Handlungen des Erblassers als seine eigenen anerkennen. Wäre dies wahr, so würde meine ganze Deduktion dadurch in den Grund gebohrt, denn dann wäre das Erbeseyn nicht blos ein Einnehmen des Platzes, den bisher der Verstorbene hinsichtlich der Privatrechte und der Schuldverhältnisse inne hatte, sondern es wäre eine rechtliche Verschmelzuug des Erben mit dem Erblasser, wo dann consequent nicht abzusehen wäre, warum diese Verschmelzung nicht auch hinsichtlich der öffentlichen Rechte Statt finden, warum der Erbe nicht auch Ehemann und Vater anstatt des Verstorbenen wer-

---

64 a) l. 25. §. 13. D. famil. herc. (10, 2) ist die einzige Stelle, welche ich dafür habe auftreiben können, daß die 12 Tafeln einen Uebergang der Schulden gekannt haben. Es könnte aber wol seyn, daß das nomina erecta cita sunto der 12 Tafeln erst später auch auf Schulden gedeutet worden wäre.

den solle. Glücklicherweise ist aber jener ganze Satz ungegründet; die Fundamente worauf er sich stützt beweisen ihn keineswegs. Es verhält sich damit auf folgende Weise.

Wo jemand durch seine Handlungen, mögen es Verträge oder Delicte seyn, obligationes für sich begründet hat, da gehen diese allerdings auf den Erben über, aber hier ist nur der Eintritt in die Obligatio das Wesentliche, denn ob diese obligatio durch ein factum des Erblassers oder durch etwas anderes, z. B. durch negotiorum gestio eines Dritten entstanden sey, ist durchaus bloße Nebensache. Wo daher ein Erblasser durch sein factum keine obligatio auf sich geladen hat, wie z. B. wenn er eine fremde Forderung erlassen, was eine Nichtigkeit ist, da hat dieses factum auch durchaus keine verbindliche Kraft für den Erben, selbst nicht, wenn der Erlaß eine Forderung des Erben betroffen hat, ein Fall, worüber mir ein großer Prozeß vorgekommen ist [61 b]). Alle Stellen, auf welche man sich für jene falsche Regel beruft, reden nun auch wirklich nur von dem Fall, wenn der Erblasser durch seine Handlungen Verbindlichkeiten für sich begründet hatte. Sie sind folgende:

l. 73 D. de eviction. (21, 2);
l. 1 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. (21, 3);
l. 22 D. de pignor. (20, 1);
l. 14 C. de rei vind. (3, 32);
l. 3 C. de reb. al. non alienand. (4, 51);

---

61 b) Es versteht sich von selber, daß hier nicht an den Fall zu denken sey, wenn der Erblasser in einer letzten Willensordnung dem Erben eine Forderung einzuklagen verboten hat, indem der Erbe darin durch die Erbschaftsantretung konsentirt, l. 8 §. 1 D, de dol. mal, et met. exc. (44,4).

l. 14 C. de eviction. (8, 45);
l. 24 C. de donation. (8, 54).

Hier heißt es nun allerdings, daß wenn der Erblasser Sachen des Erben veräussert oder verpfändet [65]) hat, letzterer dies nicht soll anfechten können, wenigstens nach Maasgabe der Größe seines Erbtheils [66]). Aber dies hat einen sehr einfachen Grund. Indem der Erblasser Sachen des Erben veräusserte, lud er als veräußernder Nichteigenthümer die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung auf sich. Diese Verbindlichkeit geht nun aber als obligatio, pro pro portione hereditaria auf den Erben über. Daher kann ihm, obgleich er proprio jure, wie es heißt, vindiciren könnte [67]), wenn er vindiciren will, nach dem Grundsatz: „dolo facit qui petit quod redditurus est“ [68]), die exceptio doli opponirt werden [69]), und nur mittelbar also, vermöge der auf ihn übergegangenen obligatio ad evictionem praestandam wird er genöthigt, die Veräußerung des Erblassers anzuerkennen.

Man beruft sich auch wohl auf das vage Sprüchelchen: „ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum praestare debet“ [70]); allein es ist durchaus nicht nothwendig, das „factum praestare“ hier in einem weiteren Sinne zu nehmen, als der eben erörtert worden ist,

---

65) In letzterer Beziehung macht noch l. 41 D. de pignor. act. (13, 7) einen Widerspruch gegen l. 22. D. de pignor. (20, 1).

66) l. 14 C. de rei vind. (3, 32).

67) l. 73 D. de evict. (21, 2).

68) l. 8. pr. D. de dol. mal. et met. except. (44, 4).

69) l. 73 D. de evict. (21, 2), l. 14 C. de rei vind. (3, 32), l. 3 C. de reb. al. non al. (4, 51).

70) l. 149 D. de R. J. (50, 17).

und will man diese Beschränkung nicht, dann mag man allenfalls den Satz auf solche Fälle beziehen, wie einer in l. 10 pr. D. si quis omissa causa test. (29, 4) vorkommt. Noch weniger Grund hat es, wenn man sich endlich auch noch auf

l. 31 D. de liberal. causa (40, 12),

l. 7 C. eod. (7, 16)

beruft. Nach diesen Stellen soll der Erbe es niemals anfechten können, wenn der Erblasser seinen Sclaven, nicht des Erben, manumittirt hat, auch wenn die Manumission nicht gehörig geschehen seyn sollte. Dies ließe sich schon bloß aus dem bekannten favor libertatis erklären, es ist dies aber gar nicht einmal nöthig, denn es giebt noch einen viel bessern Grund. Es ist allgemeiner Grundsatz des Römischen Rechts, daß jedem die exceptio doli opponirt werden kann, der seine eigene Handlung anfechten will [71]), ein Grundsatz, den wir auch von jeher in Hinsicht der Freilassungen angewandt finden, indem schon vor der Lex Junia Norbana die Obrigkeit den minus plene manumissus im Besitz der Freiheit schützte [72]). Der Freilasser selber konnte also auf keinen Fall seine manumissio minus plena anfechten. Nun ist es aber ferner allgemeiner Grundsatz, daß die exceptio doli auch jedem Successor ex causa lucrativa, wozu nicht blos der Donatarius, sondern auch der Erbe gezählt wird, opponirt werden könne [73]), und es ist demnach nichts als Anwendung eines allgemeinen Princips, was wir in den obgenannten Stellen ausgesprochen finden. Man könnte

---

71) l. 2 §. 5 D. de doli mali et met. exc. (44, 4).

72) Fragm. vet. ICti de juris spec. et manumiss. §. 6 et 7, Gajus I. §. 22.

73) l. 4 §. 27 — 32 D. de dol. mal. et met. exc. (44, 4).

aber fragen, ob sich nicht aus jenem Grundsatz von der exceptio doli eine unbedingte Verpflichtung des Erben die facta seines Erblassers anzuerkennen ableiten lasse? Ich antworte: Nein. Wo der Erblasser etwas absolut Nichtiges gethan hat, wie wenn er eine fremde Schuld erlassen, oder einen fremden Sclaven manumittirt [74]) hat, da braucht dies der Erbe durchaus nicht anzuerkennen, denn hier brauchte es sogar der Erblasser selber nicht, was wir so streng durchgeführt finden, daß die Freilassung eines fremden Sclaven nicht einmal dadurch gültig wird, daß der manumissor den Eigenthümer beerbt [75]); und wenn es auch bei der Verpfändung einer fremden Sache anders ist [76]), so wird doch ausdrücklich gesagt, daß dies eigentlich inconsequent, blos propter aequitatem so angenommen sey [77]).

§. 7.

Die bisherige Ausführung ist ziemlich weitläufig geworden, indessen hoffe ich, daß man mich deshalb nicht tadeln werde, indem das Folgende zeigen wird, daß wol

---

74) l. 20 D. qui et a quib. man. lib. non fiunt (40, 9), l. 9 C. de manumiss. test. (7, 2), l. 4 l. 5 C. de his qui a non dom. manum. (7, 10), l. 2 C. de mancip. et colon. (11, 62).

75) l. 20 D. qui et a quib. man. lib. non fiunt. (40, 9).

76) l. 41 D. de pignor. act. (13, 7).

77) l. 5 C. si aliena res pignor (8, 16): „*Quum res quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat; ordinariam quidem actionem super pignus non competere, manifestum est; sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persequutio exemplo pignoratitiae detur.*“

die höchste Sorgfalt nöthig sey, um mich vor dem Vorwurfe der Paradoxie zu schützen, auch ist in der That durchaus nichts vorgekommen, was nicht unerläßlich nothwendig gewesen wäre, um festen Boden für die nunmehr anzustellenden Untersuchungen zu gewinnen. Jetzt scheint mir der Weg hinlänglich geebnet, und ich wende mich daher unverzüglich zu dem, was ich als den besonderen Theil meines Buchs bezeichnen möchte. Dabei finde ich es am passendsten, die Anordnung zu befolgen, welche nun nach meiner Ansicht im Römischen Institutionensystem zu Grunde liegt; ich werde also auch drei Theile machen, jus publicum, jus privatum und jus mixtum; an welche ich dann noch als Beschluß einige bestätigende Untersuchungen und Bemerkungen anschließen muß.

Erstes Buch.

Oeffentliches Recht.

§. 8.

Unter den öffentlichen Rechten sind die Fundamentalrechte der Rechtssubjecte obenan gestellt worden, und diese sollen daher auch zunächst den Gegenstand unserer Betrachtung ausmachen. Ich verstehe aber unter den Fundamentalrechten diejenigen, welche den unmittelbaren Inhalt der Constituirung als Rechtssubject bilden. Ob der Name ganz passend gewählt sey, darüber will ich mit Niemanden streiten, weiß Jemand einen bessern vorzuschlagen, so nehme ich ihn mit Vergnügen an; auch auf die Frage will ich mich nicht einlassen, ob diese Rechte gerade alle zur Existenz der verschiedenen Rechtssubjecte, als solcher, wesentlich nöthig sind; dies möchte überhaupt wol keiner vertheidigen; für meinen Zweck ist es genug, daß sie im Römischen Recht den verschiedenen Rechtssubjecten wirklich beigelegt sind, wie zum Theil anerkannt ist, zum Theil bewiesen werden soll. Obgleich nun aber der Staat

unter allen Rechtssubjecten das Wichtigste ist, so wird es dennoch zweckmäßig seyn, mit den Fundamentalrechten der Staatsbürger, der eigentlichen Personen, also mit den juribus status civitatis den Anfang zu machen, weil hier die Theorie am schärfsten ausgebildet und abgegrenzt ist.

Kap. 1.

Fundamentalrechte der verschiedenen Rechtssubjecte.

§. 9.

I. Der einzelnen Staatsbürger.

Das ältere Römische Recht unterschied bekanntlich Cives, Latini und Peregrini mit einigen untergeordneten Nüancen hinsichtlich der Freigelassenen. Nun lassen sich darnach die Fundamentalrechte der Römischen Staatsbürger in zwei Klassen theilen; es sind nämlich theils solche, auf deren Besitz und Nichtbesitz eben der Unterschied jener verschiedenen Stände beruhte, theils solche, die im Wesentlichen allen Bewohnern des Römischen Staates zustanden, wenn gleich selbst hinsichtlich dieser Rechte ein Stand gewisse Prärogativen vor dem andern genoß. Zu der ersten Klasse gehörten namentlich folgende vier Rechte: jus commercii, jus connubii, jus honorum und jus suffragii. Weil indessen dieser Unterschied nur darauf beruhte, ob ein Recht mit positiven Einrichtungen der Römer zusammenhing, oder ob es als nach dem jus gentium jedem freien Menschen zustehend betrachtet ward, diese Verschiedenheit aber auf den Charakter der Rechte als öffentliche oder Privatrechte keinen Einfluß hat, so soll auch darauf weiter keine Rücksicht genommen werden,

und ich werde daher alle Fundamentalrechte der Römischen Bürger, hier in einer Reihe folgen lassen.

I. *Jus commercii* oder *commercium* schlechtweg, in einer bestimmten Beziehung auch *testamentifactio* oder *jus testamentifactionis* genannt. Es heißt dies das Recht nach Römischen Rechtsgrundsätzen in Vermögensverhältnissen zu stehen, und es liegt darin also die Befugniß alle Vermögensrechte, alle res corporales und incorporales, also Eigenthum, jura in re und Obligationen zu haben, auf jede vom Römischen Rechte anerkannte Weise zu erwerben [1]), sey es durch Singular- oder Universaladquisition, inter vivos und mortis causa [2]), und endlich auch jede dem Römischen Recht bekannte Disposition sowol unter Lebenden, als von Todeswegen darüber vornehmen zu können [3]).

Daß alle diese Rechte wirklich in der Römischen Civität liegen, bedarf wol für Niemanden eines Beweises, wol aber daß sie von den Römern unter der Benennung des jus commercii zusammengefaßt worden sind; zwar ist auch letzteres eine ziemlich bekannte Sache, indessen wird es doch, wie in der Folge erhellen soll, wichtig seyn, hier so streng als möglich jene weite Bedeutung von com-

---

1) Das Haben und Erwerben von Vermögensrechten folgt nicht gerade auseinander, z. B. der Sklave konnte dergleichen Rechte nicht haben, wol aber erwerben, denn er erwarb sie seinem Herrn.

2) Das Recht durch die verschiedenen Arten der Occupation Eigenthum zu erwerben, zu erben u. s. w. sind bloße Ausflüsse des jus commercii.

3) Auch das Recht zu testiren ist bloß eine einzelne, wenigstens seit den 12 Tafeln allgemein im jus commercii liegende Befugniß.

mercium darzuthun und ich darf daher wol nicht den Vorwurf befürchten, den Schlosser [4]) den Civiliſten macht, daß ſie uns mit zehn Citaten beweiſen: ein Narr ſei nicht klug und ein Raſender toll.

Ulpians Definition: „Commercium est emendi vendendique invicem jus“ [5]) womit auch Theophilus übereinſtimmt [6]), leitet zwar auf den erſten Blick ſehr darauf, Commercium in einem höchſt beſchränkten Sinne zu nehmen. Allein ſchon das bekannte Ineinanderfließen von Kauf und Tauſch im ältern Recht [7]) müßte uns auf das führen, was wir auch geradezu ausgeſprochen finden [8]), daß nämlich emptio in älterer Zeit eine viel weitere Bedeu-

---

4) Hugo's Civ. Magazin, Band 1. No. 6.

5) Fragm. XIX. §. 5.

6) Paraphras. III. 19 §. 2. „Κομμέρκιον ἐστιν ἡ τοῦ δύνασθαι πιπράσκειν ἢ ἀγοράζειν ἐξουσία.“

7) Gajus III. §. 141, §. 2. J. de empt. et vend. (3, 23), l. 1 §. 1 D. de contrah. empt. (18, 1). Herr Dr. Euler hat mich darauf aufmerkſam gemacht, daß auch die exceptio rei venditae et traditae die weite Bedeutung von emptio venditio im ältern Recht beweiſe, da ſich dieſe Einrede unſtreitig auch auf die res mancipi donata, vel stipulata, vel legata *et tradita* bezog.

8) l. 29. §. 1. D. de statu liberis (40, 7) „Sed verissimum est, quod Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est; *quoniam Lex XII. tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videtur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.*“ S. auch l. 19 D. de act. empt. vend. (19, 1). Gothofred bemerkt zu dieſer Stelle nicht übel, daß ſich aus dieſer alten Bedeutung von venditio vielleicht das berühmte „In emptionibus sex fere etc.“ des Varro erklären laſſe.

tung gehabt und nach dem Syrachgebrauch der 12 Tafeln eigentlich jede alienatio bezeichnet hat, und daher haben wir bei Ulpian und Theophilus unstreitig nichts als eine uralte traditionelle Definition eines uralten Ausdrucks, auf den sie später freilich nicht mehr recht paßte, seitdem emptio venditio eine bestimmtere Bedeutung erhalten hatte. In einer Menge Stellen wird nun auch wirklich jus commercii durchaus nicht bloß vom Rechte zu kaufen und zu verkaufen, sondern in Beziehung auf die Fähigkeit zu erben, usucapiren, mancipiren u. s. w. gebraucht 9). Dazu kommen noch als nicht weniger entscheidende Gründe, daß ja die dem Vermögensverkehr überhaupt, nicht etwa bloß dem Kauf entzogenen Sachen res extra commercium heißen und daß bisweilen commercium gebraucht wird, wo genau gesprochen, testamentifactio stehen müßte [10]), wobei durchaus keine Beziehung auf Kauf Statt finden kann. *Testamentifactio* heißt nemlich *commercium* bezogen aufs Erbrecht, ist keineswegs das Recht ein Testament zu machen [11]), sondern überhaupt das Recht zu erben und beerbt zu werden, wovon die Befugniß sich einen Testamentserben zu ernennen, nur eine besondere Anwendung ist [12]); sie verhält sich zum jus com-

---

9) Ulp. Fragm. XIX. §. 4. XX. §. 13. l. 5. D. de just. et jur. (1, 1), l. 24 §. 1 D. de minor. (4, 4), Paulus III. 4 a. §. 7.

10) Paulus l. c. Ulp. Fragm. XX. §. 13.

11) Z. B. der filiusfamilias, der Latinus Junianus, der Infamis, der Impubes dürfen nicht testiren, aber testamentifactio haben sie doch. S. die Stellen der folgenden Note.

12) Gajus II. §. 114; Theophil. II. 10 §. 6; § 4 J. de hered. qual. et diff. (2, 19), l 4 l. 6 l. 18 pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1), l. 7 §. 3 D. de interdict. et relegat. (48, 22).

mercii wie species und genus, daher auch eben wie bemerkt worden, der allgemeinere dieser Ausdrücke zuweilen dem specielleren substituirt [13]) und auch dem Latinus Junianus testamentifactio beigelegt wird [14]) was ohne Zweifel nur darin seinen Grund haben kann, daß ihm das allgemeine commercium zustand, denn mit der Erbfolge hatte er ja nur in der höchst untergeordneten Beziehung etwas zu schaffen, daß er, wenn ihm eine Erbschaft deferirt war, die Cretionsfrist hatte, um durch Erwerbung des Bürgerrechts seine Incapacität abzulegen [15]).

II. *Jus connubii* oder *connubium* schlechtweg.

Im weiteren Sinn bezeichnet dieser Ausdruck die Abwesenheit relativer Ehehindernisse zwischen zwei Personen, daß sie also, unter Voraussetzung der Existenz der absoluten Erfordernisse, wie z B. des gehörigen Alters ꝛc. befugt sind, ein justum matrimonium mit einander einzuge-

---

13) Daß, ungeachtet das eine in dem andern steckt, jenes doch auch einen besondern Namen führt, erklärt sich vielleicht daraus, daß das Recht zu testiren nicht von jeher unmittelbar im jus commercii lag, sondern erst durch die 12 Tafeln eigentlich damit verbunden ward, daher dies anfänglich als etwas Besonderes auch besonders benannt werden mochte, welche Benennung dann aber später zur allgemeinen Bezeichnung des Rechts zu erben und beerbt zu werden, generalisirt ward. Dazu kommt, daß in der testamentifactio auch das Recht liegt, einen tutor zu ernennen, so wie umgekehrt auch zum tutor ernannt zu werden (nur die Latini Juniani machten hier wieder eine specielle Ausnahme, Gajus I. §. 23 Ulp. Fragm. XI. §. 16) was auch wol als etwas nicht im eigentlichen Commercium Enthaltenes galt.

14) Ulp. Fragm. XX. §. 8.

15) Ulp. Fragm. XXII. §. 3.

hen, ja bisweilen wird wol gar die Abwesenheit absoluter Ehehindernisse darunter begriffen und selbst Ulpians Definition „Connubium est uxoris jure ducendae facultas“ läßt sich in diesem weiten Sinne nehmen [16]). Gewöhnlich wird aber Connubium in einer speciellen Anwendung gebraucht, nemlich nur in Beziehung auf das relative Hinderniß des justum matrimonium, welches bei den Römern wie bei allen alten und jetzt noch bei den rohern Völkern in der Stamm - oder Nationalverschiedenheit lag. Wir finden dies Hinderniß bei den Römern in zwei Anwendungen. Erstlich konnten Patricier und Plebejer, weil sie verschiedenen Stammes, Etrusker und Latiner waren, in älterer Zeit kein justum matrimonium mit einander schließen, es fand kein connubium zwischen ihnen Statt, bis die Lex Canuleja dies änderte [17]), und dann ist auch im neuesten Römischen Rechte noch [18]) das justum matrimonium zwischen Römern und Nichtrömern ausgeschlossen, „Civibus Romanis cum Latinis et peregrinis non est connubium“ [19]). Seitdem freilich der Begriff des

---

16) Ulp. Fragm. V. §. 3 — 6, Gajus I. §. 59, l. 45 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2), l. 11 D. de divort. (24, 2), l. 1. pr. D. de concubinis (25, 7), l. 3 C. de incest. nupt. (5, 5).

17) Dion. Halic. lib. X. in fin. Livius IV. c. 1 — 6.

18) pr. J. de nuptiis (1, 10).

19) Ulp. Fragm. V. §. 2 — 4 und §. 9, Gajus I. §. 56, 57, 67, 76; Gajus epit. I. 4 pr. wo nuptiae offenbar für connubium steht, Collat. L. L. M. et R. IV. §. 5. Merkwürdig ist Prudentius advers. Symmach. II. v. 612 folg.

„Distantes regione plagae, divisaque ponto
„Littora conveniunt, nunc per valimonia ad unum
„Et commune forum, nunc per commercia et artes

Römischen Bürgers bloß noch rechtlich, nicht aber mehr zugleich geographisch und nationell abgegrenzt war, wie vor

---

„Ad coetum celebrem, nunc per genialia fulcra
„Externi ad *jus connubii*. Nam sanguine misto,
„Texitur alterius ex gentibus una propago."

In dieser ohne Zweifel auf Caracallas Verordnung in l. 17 D. de statu hominum (1, 5) hinzielenden Stelle, wie schon Heineccius Antiq. I. 10 §. 6 bemerkt hat, ist am Ende deutlich die Beziehung der Ausschließung des Connubium zwischen Römern und Nichtrömern auf Nationalverschiedenheit, ausgedrückt. Es verdient übrigens beachtet zu werden, daß der Ausdruck injustum matrimonium mit dem Ausdruck connubium ganz parallel läuft. Im Allgemeinen bezeichnet es eine Ehe, welche ungeachtet des Mangels der nöthigen Erfordernisse geschlossen worden ist, und da eine solche regelmäßig unerlaubt und ungültig ist Ulp. Fragm. V. §. 7, Collat. VI. §. 2, §. 12 J. de nupt. (1, 10) l. 63 l. 66 D. de ritu nupt. (23, 2), l. 28 §. 3 D. de lib. et posth. (28, 2), l. 6 C. de judaeis (1, 9), l. 3 C. de incest. nupt. (5, 5) wobei die singulaire Annahme beim Mangel väterlichen Consenses, Paulus S. R. II. 19 §. 2 hier natürlich nicht in Betracht kommt, so ist matrimonium injustum im Allgemeinen so viel als matrimonium illicitum, nullum oder incestuosum, z. B. in l. 1 pr. D. unde vir et uxor. (38, 11). Im eigentlichen Sinn aber bedeutet *injustum matrimonium* eine Ehe, wo weiter nichts als das *connubium* in engster Bedeutung, nämlich wegen Nationalverschiedenheit, fehlt. Durch diesen Mangel wird nämlich nach Römischem Recht ein matrimonium juris gentium, ein zwar der civilen Wirkungen des justi matrimonii entbehrendes, aber sonst durchaus als Ehe anerkanntes Geschlechtsverhältniß, keinesweges ausgeschlossen, daher auch hier die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant l. 5 D. de in jus voc. (2, 4) ange-

der Eroberung Italiens, wo Bewohner des Römischen Staates und Römischer Bürger seyn, gleichbedeutende Begriffe waren, hatte die Ausschließung des justum matrimonium zwischen Römern und Nichtrömern ihren ursprünglichen Sinn, nemlich als Folge der Nationalverschiedenheit verlohren, aber sie ward nun einmal beibehalten, weil man selten alte Grundsätze aufgab und weil auch die Wirkungen und Folgen des justum matrimonium bei Nichtrömern nicht füglich anwendbar waren.

---

wandt wird, und die Kinder als Kinder des Ehemanns gelten l. 1 §. 2. D. ad municipalem (50, 1), während in einer sonstigen Verbindung erzeugte Kinder nach strengem Recht vaterlos sind §. 12 J. de nupt. (1, 10) §. 4 J. de success. agnat. (3, 5). Daß dem in Beziehung auf Römer und Nichtrömer wirklich so sey, wird unwiderleglich durch die ganze Lehre von der causae probatio und durch viele Stellen, wie Gajus I. §. 65 folgg. Ulp. Fragm. III. §. 3, Collat. VI. §. 5. bewiesen, und daß Gleiches hinsichtlich der Patricier und Plebejer gegolten habe, hat Niebuhr sehr scharfsinnig aus den plebejischen Familien mit patricischen Namen geschlossen, und es wird durch Livius IV. c. 4 bestätigt, wo der Volkstribun geradezu sagt, man fordere ja nichts quam ut liberi patrem sequantur, d. h. daß die Kinder in den Stand und die potestas des Vaters treten möchten, denn dies war nicht schon an sich mit dem pater est quem nuptiae demonstrant verbunden. — Ganz anderer Natur ist das Verbot der Ehe mit Barbaren in l. un. C. Th. de nupt. gentil. (3, 14), wo auch das injustum matrimonium ausgeschlossen ist. Ueberdies scheint dieses Verbot nicht sowol aus Rücksicht auf die Nationalverschiedenheit, als aus politischen Gründen geflossen zu seyn, nämlich um der Connivenz, deren sich die Grenzbewohner und selbst die Grenzbesatzungen gegen die Einfälle der Barbaren zu Schulden kommen ließen, wenigstens eine Quelle abzuschneiden.

Connubium im eigentlichen Sinn heißt also das Recht mit Römern ein justum matrimonium einzugehen, und da dies ohne specielles Privilegium nur Römer können, so ist das Jus connubii eines der in der Römischen Civität liegenden Rechte. Es knüpft sich aber noch viel mehr ans Connubium als die bloße uxoris Romanae jure ducendae facultas. Mit dem justum matrimonium hängen eine Menge rechtlicher Verhältnisse zusammen, und diese hat daher das jus connubii auch im Gefolge. Dies gilt zunächst vom ganzen Römischen Dotalrecht, worunter ich hier dos, donatio propter nuptias, Paraphernalgüter, und die Theorie der Schenkungen unter Eheleuten begreife. Alles dies ist mit dem justum matrimonium verknüpft [20], und das jus connubii enthält also auch das Recht, in Römischen Dotalverhältnisen zu stehen. Man könnte dies als einen Ausfluß des jus commercii, welches allerdings auch dabei vorausgesetzt wird, betrachten, aber dies wäre doch wol unrichtig, denn ein Latinus, oder ein peregrinus dem commercium ertheilt war, konnte darum doch nicht in Dotalverhältnissen stehen, weil er ja nicht mit einer Römerin in rechter Ehe leben konnte; daher die Römer jene Befugniß als Folge des jus connubii betrachtet zu haben schinen, und demgemäß auch das Dotalrecht im Eherecht abhandeln.

Ein fernere Folge und Wirkung des justum matri-

---

20) §. 12 J. de nupt. (1, 10), l. 52 l. 58 D. de ritu nupt. (23, 2), l. 4 D. de jur. dot. (23, 3), l. 3 §. 1 D. de donat. int. V. et U. (24, 1).

Nur beim justum matrimonium gilt auch, daß die Frau Wohnort und Gerichtsstand des Mannes erhält. l. 37 §. 2 D. ad municipalem (50, 1).

monium ist, daß die aus dieser Ehe entspringenden Kinder in die patria potestas des Vaters kommen, „connubio interveniente liberi patrem sequuntur et in potestate ejus fiunt [21]), selbst dann wenn das Connubium als ein bloßes persönliches Privilegium ertheilt ist [22]). Also liegt im Connubium auch das Recht die ausgedehnte väterliche Gewalt des Römischen Rechts zu haben. Mit der väterlichen Gewalt hängt aber wieder die Agnation zusammen, denn Agnaten sind doch die, welche unter einer gemeinschaftlichen väterlichen Gewalt wenigstens stehen könnten, wenn ihr gemeinsamer Stammvater noch lebte [23]); mithin enthält das jus connubii auch die Befugniß in Agnationsverhältnissen zu stehen, und folglich auch das Recht auf die nach altem Recht von der Agnation abhängige successio und tutela legitima [24]). Auf die Folge gesehen, kön-

---

21) Gajus I. §. 56, 57, 67, 76, 80. Ulp. Fragm. . §. 8., pr. §. 3. J. de patr. pot. (1, 9), l. 19 l. 24 D. de statu hom. (1, 5), l. 3 l. 4 D. de his qui sui vel al. jur. (1, 6).

22) Gajus I. §. 57.

23) Der Ausdruck *Agnati* wird freilich fast wol nemals in unsern Quellen auf Personen angewandt, die wirklich noch zusammen in väterlicher Gewalt stehen, und selten sogar auch nach aufgelößter väterlicher Gewal auf die nächsten Geschwister die consanguinei im Verhältniß zu einander, die gewöhnlich speciell als consanguinei von den Agnaten geschieden werden, aber dies thut hir nichts, die Sache bleibt dieselbe, denn das Prinzip der Agnation paßt doch auf alle diese Personen.

24) Das Recht überhaupt Erbe werden zu können ist ein Ausfluß des jus commercii oder testamentifactionis, das Recht heres legitimus werden zu können gewöhnlich ein Ausfluß des jus connubii.

neu wir daher sagen: jus connubii im engern und eigentlichen Sinn bezeichnet das Recht, in den Römischen Dotal- und Familienverhältnissen stehen, den status familiae mit allen seinen Folgen und Wirkungen haben zu können; es drückt so wie jus commercii in Beziehung auf die Vermögensrechte, die Grundbedingung der Dotal- und Familienrechte aus.

III. *Jus honorum* d. h. das Recht Aemter und Würden im Staate zu bekleiden. Daß dieses, ursprünglich nur den Patriciern zustehende Recht, später ein allgemeines Recht aller Römischen Bürger war, ist aus der Geschichte der Streitigkeiten zwischen Patriciern und Plebejern zu bekannt, als daß es hier noch eines Beweises bedürfte. In der ältern Zeit gehörte auch das Recht die Römischen priesterlichen Würden zu bekleiden zu dem jus honorum; bei dem christlichen Priesterstande war dagegen begreiflicherweise von Civität niemals die Rede, da das Christenthum selbst im Sklaven nicht weniger als im freien Mann, die menschliche Würde ehrte.

IV. *Jus suffragii.* In engster Bedeutung die Befugniß in den Comitien zu stimmen, bezeichnet jus suffragii im weiteren Sinne überhaupt das Recht an öffentlichen Verhandlungen, so ferne man nur ordnungs- und verfassungsmäßig dahin gehört, Theil nehmen und seine Stimme abgeben, kurz mitsprechen zu dürfen. So weit nöthigen uns nemlich einige Pandektenstellen den Begriff zu fassen [25]).

V. Das Recht auf Integrität des Körpers und der Kräfte. Daß man dieses gegen seine Mit-

---

25) l. 6 §. 1 D. de decurion. (50, 2) l. 8 D. de muner. et honor. (50, 4).

bürger hat ist nichts Besonderes; die Römer betrachten dies als eine Forderung des jus gentium [26]) und gestatten hier unbedingt das Recht der Selbstvertheidigung gegen ungerechten Angriff [27]). Aber der Römische Bürger hat dies Recht auch gegen den Staat selber und seine Vertreter und Werkzeuge, die Staatsbeamten. Es ist bekannt, daß der Civis Romanus nach den mehreren leges Valeriae und Horatiae [28]), vor allem aber nach der berühmten Lex Porcia, der Habeas-Corpusakte der Römer, nicht ohne förmliches Urtheil und Recht, wenige Fälle ausgenommen, an Leib oder Leben gestraft werden darf [29]).

VI. Das Recht auf Freiheit der Person [30]), der

---

26) l. 1 §. 4 in Verbindung mit l. 3 D. de justit. et jur. (1, 1)

27) l. 3 D. cit. l. 4 l. 5 pr. l. 45 §. 4 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 1 §. 27 D. de vi et vi armata (43, 16).

28) Livius II. c. 8, III. c. 55, X. c. 6.

29) Livius X. c. 9 Cicero pro Rabir. c. 4 und Verrin. V. c. 63. Plin. Hist. Nat. VII. c. 43. Eine bekannte Anwendung des durch die Lex Porcia aufgestellten Grundsatzes liefert uns die Geschichte des Apostel Paulus.

30) Von Staatswegen darf man nach Römischem Rechte bekanntlich nicht ohne gesetzliche Gründe, nemlich Sicherheits- oder Strafe halber festgehalten werden, und von Privatpersonen, seit Abschaffung der alten manus injectio durch die Lex Petoelia oder Petillia Papiria, niemals: Tit. D. de lib. hom. exhib. (43, 19) l. 1 l. 4 D. de lege Fabia de plagiar. (48 15), den einzigen Fall der Loßkaufung eines Gefangenen ausgenommen, wo man den Loßgekauften bis er Entschädigung geleistet, detiniren darf: l. 20 §. 1 D. qui test. fac. poss (28, 1) l. 43 §. 3 D. de legat. I. (30) l. 3 §. 3 D. de lib. hom. exh. (43, 28) l. 15 D. de captivis (49, 15) l. 2 C. de postlimin. re-

Handlungen (und Unterlassungen [31]) und der Rede [32]), so weit man sich nicht selber einen Eingriff in die Rechtssphäre eines Andern zu Schulden kommen läßt.

VII. Das Recht auf Fortdauer des Besitzstandes, worin man sich befindet, bis derselbe durch förmliches Urtheil und Recht für unrechtmäßig erklärt worden ist, und daher die Befugniß, nicht nur entweder im Interdiktenproceß oder durch eigentliche actiones [33]) die richterliche Hülfe zum Schutz des Besitzes anzurufen, sondern auch schon durch

---

vers. (8,51) Uebrigens ist die Freiheit der Wahl des Wohnorts nur ein Ausfluß der Freiheit der Person. l. 12 C. de operis libert. (6,3)

31) Freiheit der Handlungen ist eigentlich schon Folge der Freiheit der Person und wird überdies noch bewiesen durch l. 61 l. 145 l. 151 l. 155 §. 1 l. 156 pr. D. de R. J. (50,17) l. 4 pr. D. de statu hom. (1,5) l. 9 D. de serv. praed. urb. (8,2) l. 71 §. 2 D. de condit. et demonstr. (35,1) l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno infecto (39,2) l. 1 §. 12 l. 21 D. de aqua et aquae pluv. (39,3) l. 2 §. 13 D. ne quid in loco publ. (43,8) Die ganze Lehre von der Actio quod metus causa gründet sich auf die Freiheit der Handlungen und Unterlassungen.

32) Das Römische Recht kennt keine andere Beschränkung der Schreibe- und Redefreiheit als das Verbot der Schmähungen und Verläumdungen sey es nun gegen Privat- oder öffentliche Personen, oder gegen den Staat selber, was freilich von den Kaisern in einem sehr weiten Sinne genommen ward.

Allenfalls kann man auch das Verbot der Aussprechung von Beherungs-Formeln über fremdes Getraide, die Frugum incantatio, in den 12 Tafeln hierher zählen. Plin. H. N. XXVIII. c. 2.

33) Ein Beispiel gewährt die actio aquae pluviae arcendae.

ein bloßes ausdrücklich [34]) oder symbolisch [35]) zu erkennen gegebenes Privatverbot auf eine juristisch folgenreiche Weise [36]) den eigenmächtigen Verletzungen des Besitzstandes entgegenzuwirken, ferner sogar Selbsthülfe anwenden zu dürfen [37]), und endlich als Beklagter im Proceß obzusiegen und im vorhandenen Besitzstande zu bleiben, wenn der Kläger den Grund, aus welchem er eine Aenderung verlangt, nicht hinlänglich erweisen kann *).

VIII. Das Recht auf Ehre, welches im Römischen Recht im Allgemeinen durch existimatio bezeichnet wird [38]).

---

34) Operis novi nuntiatio.

35) Lapilli jactus. l. 5 §. 10 D. de op nov. nunt. (39,1) l. 1 §. 6 l. 20 §. 1 D. quod vi aut clam (43,24) l. 6 §. 1 D. si serv. vind. (8,5)

36) Die Folgen sind die bekannten Wirkungen der operis novi nuntiatio und die Begründung des Interdictum quod vi aut clam, l. 1 §. 5—8 l. 20 §. 1 D. quod vi aut clam (43,24). Die Stellung, welche Mackeldey in seinem Lehrbuch der novi operis nunt. gibt, nemlich in der Lehre vom Besitz, ist unstreitig die einzig richtige.

37) l. 1 §. 27 D. de vi et vi arm. (43,16) l. 1. C. unde vi (8,4)

*) Die Auffassung dieses Rechts als eines Fundamentalrechts der Staatsbürger mithin als eines öffentlichen Rechts, ist sehr wichtig für den Römischen Begriff der Injuria. Daraus glaube ich die anscheinend so seltsame actio injuriarum bei Cic. pro Caec. c. 13 erklären zu können.

38) Ich verweise hinsichtlich dieses Begriffs, über welchen ich mich noch in einer andern Schrift weiter auszulassen gedenke, vorläufig auf die Untersuchungen meines Collegen Walter in Mittermaiers Archiv des Criminal-

IX. Das Recht auf Treu und Glauben, auf Ehrlichkeit und Redlichkeit von Seiten Anderer, so weit man in rechtliche Berührung mit ihnen kommt [39]).

X. Das Recht sich aller Sachen, Anstalten, Einrichtungen und Institute zu bedienen, welche im Staate für den Gebrauch der Staatsbürger bestimmt sind [40]).

XI. Das Recht für sich und seine Familie ein eignes Begräbniß zu haben. Da an locis religiosis kein Eigenthum Statt findet, so ist dies kein Vermögensrecht, sondern ein ganz eignes Recht *).

XII. Das Recht auf Unbeschränktheit der räumlichen Sphäre und der Luft in derselben, welche für die freie Ausübung der in unseren Rechten liegenden Befugnisse nöthig ist. Am bestimmtesten tritt dies Recht hervor bei Grund-

---

rechts, Bd 4 Heft 1 No. 5 und Heft 2 No. 12, das Beste was meines Wissens noch darüber gesagt worden, wenn ich gleich nicht ganz mit dem Verfasser übereinstimmen kann. Hier genügt es, der Sache Erwähnung gethan zu haben. Uebrigens ist das Recht, Zeuge seyn zu dürfen, ein Ausfluß des Rechts auf Ehre.

39) Darauf gründet sich die ganze Lehre von den Strafen und Folgen des dolus und seiner Unterarten, des falschen Zeugnisses, der Kalumnie, der Prävarikation, des falsum etc.

40) Auf dieses Recht beziehen sich viele der Interdikte de rebus et locis publicis, sacris etc. Auch die Befugniß, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen, gehört hierher. S. auch l. 13 §. 7 D. de injuriis (47, 10).

*) l. 1 §. 3 D. de suis et legit. (38, 16).

stücken, wo dem Eigenthümer ja auch der Luftraum drüber als seine besondere Sphäre zugesprochen wird [41]). Da man aber an Raum und Luft kein Eigenthum haben kann, so ist auch dies als ein eignes Fundamentalrecht der Staatsbürger zu betrachten [42]).

XIII. Das Jus postulandi, das Recht als Procurator oder Advocat für einen Andern gerichtlich aufzutreten [43]). In diesem Recht liegt auch das Recht actiones und accusationes populares, und interdicta popularia anzustellen und opus novum in causa publica zu nuntiiren, denn dies ist durchaus nichts als eine gesetzliche Procuratur für den Staat [44]). Daher kann auch nur wer postuliren kann in causa populari auftreten [45]), und daher kann nach dem Grundsatz: procurator

---

41) l. 36. D. de S. P. U. (8, 2), l. 1 D. de serv. legat. (33, 3), l. 21 §. 2., l. 22 §. 4 D. quod vi aut clam. (43, 24).

42) Auch dies ist für die richtige Bestimmung des Römischen Begriffs der Injuria von höchster Wichtigkeit. Man sehe z. B. l. 44 D. de injuriis (47, 10).

43) l. 1 D. de postulando (3, 1), l. 9 D. de poenis (48, 19).

44) l. 4 D. de popular. act. (47, 23) „Popularis actio integrae personae permittitur: *hoc est cui per Edictum postulare licet*“ verglichen mit l. 1 D. eod. „Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur,“ und l. 45 §. 2 D. de procur. (3, 3), l. 30 §. 3 D. de jurejur. (12, 2), l. 3 §. 4 l. 4 D. de op. nov. nunt. (39, 1).

45) Die Personen, welche als unfähig zum Postuliren angegeben werden (S. Westenberg Princ. jur. sec. ord. Dig. III., 1 §. 5 — 31 und Paulus I, 2 §. 1) stimmen genau überein.

1. mit denen, welche nicht sollen accusiren dürfen: Westenberg l. c. XLVIII. 1 §. 5 — 7. Eine Ausnahme enthält jedoch l. 13 D, de accusation (48, 2).

procuratorem dare non potest [46]), nemlich bevor durch litis contestatio das dominium litis auf ihn übergegangen ist [47]), bei den öffentlichen Klagrechten kein Procurator bestellt werden [48]).

XIV. Das *Jus adoptandi*. Man kann dieses Recht wol weder als Ausfluß des jus connubii noch des jus commercii betrachten und giebt ihm daher am schicklichsten eine eigene Rubrik.

XV. Das Recht seine Freiheit und sein Bürgerecht nicht anders zu verlieren, als wenn man selber Veranlassung dazu gegeben, „*nisi ipse auctor factus sit*“ wie Cicero sich ausdrückt. Diese Veranlassung kann man aber nur dadurch geben, daß man

---

2. mit denen, welche nicht sollen Popularklagen anstellen können, l. 4 l. 6 D. de popular. act. (47, 23).
3. mit denen, welche nicht sollen interdicta popularia anstellen können, l. 3 §. 10 u. 11 D. de lib. hom. exh. (43, 29).
4. mit denen, welche in causa publica nicht sollen opus novum nuntiiren können, l. 5 pr. §. 1 D. de op. nov. nunt. (39, 1).

46) l. 8 §. 3 D. mandati (17, 1), l. 4 §. 5 D. de appell. et relat. (49, 1).

47) l. 23 l. 11 l. 8 C. de procurator. (2, 13) und die in der vorigen Note citirten Stellen.

48) l. 42 pr. D. de procurator. (3, 3), l. 5 D. de popular. act. (47, 23), l. 13 §. 1 D. de judic. publ. (48, 1). Bei denjenigen Popularklagen, wo zugleich ein bestimmter Verletzter ist, und wo erst jeder ex populo auftreten kann, wenn jener es nicht thut, versteht sich von selber; daß jener Verletzte auch durch einen Anwalt klagen kann. l. 42 pr. l. 45 D. de procurator.

durch Verbrechen seine Rechte verwirkt, sich zur Strafe eine capitis deminutio maxima oder media zuzieht, oder daß man sich in einer nicht mit dem Römischen Bürgerrecht begabten civitas niederläßt. Sonstiges freiwilliges Aufgeben findet nicht Statt [49]).

§. 11.

Die im vorigen Paragraphen angegebenen Fundamentalrechte des Römischen Bürgers, gewiß zu wichtig, um nebst den juribus singularibus bloß als Rechte ohne individuellen Gegenstand charakterisirt zu werden, ließen sich allerdings wol noch durch einige vermehren, jedoch schwerlich aus Ciceros bekannter Ermahnung an seine Mitbürger: „„retinete istam possessionem gratiae, libertatis, suffragiorum, urbis, fori, ludorum, festorum dierum, caeterorum omnium commodorum“[50]), denn die libertas, von der Cicero hier sehr unpassend spricht, da nur vom Ausziehen in eine Colonie die Rede ist, und worunter er nicht Freiheit von angerechtem Zwang sondern den Gegensatz der Sclaverei versteht, geht uns hier durchaus nichts an, da die libertas in diesem Sinne, der status libertatis, nicht ein Recht

---

49) Cicero pro domo c. 13. *Nego potuisse jure publico, legibus iis, quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla ejusmodi calamitate affici, sine judicio; hoc juris in hac civitate, etiam tum, quum reges essent, dico fuisse; hoc nobis esse a majoribus traditum; hoc esse deniqne proprium liberae civitatis, ut nihilde capite civis, aut de bonis, sine judicio senatus, aut populi, aut eorum qui de quaque re constituti sint judices, detrahi possit.*“ Ibid. c. 17, 29, 30. Idem pro Balbo c. 11. Idem pro Caecina c. 33 — 35. Ulp. Fragm. XI §. 11 und 12. l. 27 D. de legation. (50, 7).

50) Cicero de lege agrar. II. c. 27.

des status civitatis, sondern eine Grundbedingung desselben ist. Die Römer gehen ja davon aus, daß die Menschen nach dem jus gentium entweder Freie oder Sklaven wären, und daß nur der Freie ihren eigenthümlichen status civitatis haben könne. Was aber die gratia, urbs, forum, ludi, festi dies u. s. w. betrifft, so will Cicero dadurch nicht sowol Vortheile des Bürgerrechts, als des Wohnens in Rom anpreisen, indem er in dieser Rede ja der Römischen plebs das Auswandern in eine Colonie abräth.

Dagegen ist es nun hier unsere Aufgabe, den Beweis dafür zu führen, daß diese Rechte alle von den Römern als öffentliche Rechte betrachtet worden sind, und wir müssen zu diesem Zweck die oben angegebenen Charaktere der öffentlichen Rechte durchgehen. Zwei derselben haben nun bei diesen Rechten durchaus keine Schwierigkeit. Daß diese Rechte nicht einer juristischen Person, sondern jedem Staatsgliede für sich, für sein Individuum zustehen, fällt von selber in die Augen, und daß sie nicht vererbt, sonderu von jedem durch seine Geburt, oder durch Freilassung, oder durch causae probatio oder durch Aufnahme in den Staat u. s. w. erworben werden [51]), ist bekannt; auch wäre hier Erbfolge eigentlich undenkbar, nicht bloß der Natur der Sache nach, sondern auch namentlich nach Römischem Recht, da dieses um zur Succession zuzulassen verlangt, daß man wenigstens einige jener Rechte schon habe, nemlich jus commercii oder testamentifactionis, womit — wenn auch nicht das jus connubii, suffragii et honorum, — doch die meisten andern angegebenen Fundamentalrechte untrennbar zusammenhängen.

Desto mehr Schwierigkeiten hat dagegen hier die Durch-

---

51) S. Ulp. Fragm. tit. I. — III. Gajus I. §. 13 — 47.

führung des dritten Kriteriums der öffentlichen Rechte, nämlich die Unveräusserlichkeit derselben durch Privatverträge, und in dieser Beziehung ist daher eine sorgfältige Prüfung nothwendig.

Zuvörderst folgt nun eigentlich diese Unveräusserlichkeit durch Privatverträge schon daraus, daß man durchaus nicht seine Freiheit und sein Bürgerrecht vertragsmäßig aufgeben kann und darf [52]). Mittelbar kann man den Verlust jener Rechte allerdings durch eine freiwillige Handlung bewirken, wie wenn man in eine nicht mit Civität begabte Commüne eintritt, oder als Großjähriger sich pretii participandi causa verkaufen läßt [53]), oder sonst eine mit dem Verlust des bürgerlichen caput belegte Handlung begeht [54]), unmittelbar aber durchaus nicht. Was man aber im Ganzen nicht kann, muß man consequent auch nicht theilweise können, denn sonst könnte der ganze Grundsatz eludirt werden.

Allgemeine Präsumtionen entbehren aber noch immer eines festen Bodens, wir müssen also die einzelnen Rechte durchgehen, und das jus testamentifactionis macht hier am zweckmäßigsten den Anfang. Daß dieß ein öffentliches Recht sey, wissen wir nun zwar bestimmt [55]), allein damit

---

52) Cicero pro Balbo c. 11, l. 1 D. quib. ad libert. proclam. non licet. (40, 13), l. 1 l. 7 pr. §. 1 u. 2, l. 37 D. de liberali causa (40, 12). S. Hugo Grotius de jur. bell. et pac. II. c. 5.

53) §. 3 J. de jure personarum (1, 3), l. 7 pr. §. 1, l. 33 l. 40 D. de lib. caus. (40, 12), l. 1 l. 3 D. quib. ad lib. procl. (40, 13), l. 2 D. si ingen. esse dicatur (40, 14).

54) S. z. B. Ulp. Fragm. XI. §. 11 und 12.

55) l. 3 D. qui test. fac. poss. (28, 1) „Testamentifactio non privati sed publici juris.“

ist noch nicht die behauptete Unveräusserlichkeit hinlänglich gerechtfertigt. Aus der Römischen Theorie der Erbverträge läßt sie sich aber so streng als etwas beweisen. Bekanntlich kann ich nur einer schon deferirten Erbschaft entsagen, nicht aber meiner bürgerlichen Fähigkeit Erbe zu werden, selbst nicht einmal in Beziehung auf die einzelne Erbschaft einer bestimmten noch lebenden Person, oder deren Succession mir wenigstens noch nicht deferirt ist, indem z. B. ein näherer Erbe vor mir steht, der sich noch nicht erklärt hat [56]). Daß ich einer schon deferirten Succession entsagen kann, gründet sich sehr einfach darauf, daß das Recht auf den Erwerb als ein einzelnes bestimmtes Privatrecht betrachtet wird. Dies finden wir in verschiedenen Anwendungen; so muß ja der Sklave und nach älterm Recht auch der filiusfamilias, wenn ihm eine Erbschaft deferirt worden, auf Befehl seines Herrn oder Vaters antreten und ausschlagen, wie es diesem beliebt, und so kann ja der paterfamilias die seinem infans angefallene Succession sowol für sein Kind als auch für sich annehmen und repudiiren, denn das Recht an der deferirten Erbschaft ist ein der familia (im engsten Sinne) zustehendes Recht, worüber der paterfamilias zu disponiren hat, und daher kann auch dies Recht auf Andere übertragen [57]) und nach späterem Recht

---

56) l. 13 §. 1. D. de adquir. vel om. her. (29, 2), l. 16 D. de suis et leg. (38, 16), l. 35 §. 1 C. de inoff. test. (3, 28), l. 3 C. de collat. (6, 20). Daß ich mittelbar durch Entsagung auf die querela inofficiosi meinem Erbrecht im Voraus entsagen kann, l. 31 §. 4 D. de inoff. test. (5, 2) ist eine singulaire mit der besondern Natur der quer. inoff. zusammenhängende Ausnahme.

57) Gajus II. §. 34 — 37 und III. §. 85 — 87. Ulp. Fragm. XIX. §. 11 — 14.

sogar durch die transmissiones vererbt werden. So steht es hinsichtlich der pacta hereditaria renunciativa. Auf der andern Seite sind nun auch die Verträge ungültig, wodurch ich Jemanden meine Erbschaft zusichere, indem ich dadurch der freien Disposition über mein Vermögen und namentlich meinem Rechte zu testiren entsagen würde, welches ich nicht kann, und ein solcher Vertrag wird ausdrücklich contra bonos mores genannt [57]). Fassen wir nun zusammen, daß das jus testamentifactionis mit dürren Worten ein öffentliches Recht genannt wird und auch alle Charaktere eines solchen hat, daß die Stellen über die Ungültigkeit der Erbverträge meistens in den Titeln von den Verträgen stehen, und als Grund dieser Ungültigkeit den Verstoß gegen die bonos mores angeben, so kann wol kein erklecklicher Zweifel über den wahren Sinn dieses Grundes mehr obwalten.

Vom jus testamentifactionis läßt sich ein gegründeter Schluß auf das allgemeinere jus commercii machen, denn soll ich nicht einmal der in einer bestimmten Beziehung im jus commercii liegenden Erwerbs- und Dispositionsbefugniß entsagen können, um wie viel weniger der allgemeinen; auch könnte ich ja sonst dennoch auf einem Umwege die ungültigen Erbverträge eingehen. Dies finden wir denn nun auch in mehreren Anwendungen ausdrücklich bestätigt. Beschränken kann ich die mir gesetzlich zustehenden Dispo-

---

58) l. 52 §. 9 D. pro socio (17, 2), l. 61 D. de V. O. (45, 1) l. 15 l. 19 l. 30 C. de pactis (2, 3), l. 25 l. 34 C. de transact. (2, 4), l. 5 C. de pact. conv. (5, 14), l. 4 C. de inutil. stip. (8, 39). Daß Justinian willkührlich in l. 30 C. de pactis ein Paar singulaire Ausnahmen gemacht hat, kommt als eine späte Neuerung hier natürlich nicht in Betracht.

sitionsbefugnisse über die Privatrechte denen ich vorstehe, durch Constituirung von jura in re, durch temporaire Verträge u. s. w., aber sie allgemein aufgeben kann ich nicht. Daher ist ungültig das pactum: „ne vicino invito praedium alienem“ [58]), daher ist ungültig der Vertrag, daß ich mein Eigenthum nicht zum locus sacer oder religiosus solle machen dürfen [59]), und daher ist endlich ungültig der Vertrag, wodurch ich bei Gemeinschaftlichkeit der Rechte meinem Anspruch auf Theilung entsage [60]). Dazu kommt nun noch, daß ein paterfamilias nicht sein jus commercii aufgeben könnte, ohne seine ganze Stellung zur familia zu verändern, was er aber so nicht darf, und daher scheint mir auch die Unveräusserlichkeit in Ansehung des jus commercii hinlänglich erwiesen zu seyn, wenn es überhaupt vernünftigerweise eines Beweises bedarf, daß man dieses Recht mit Beibehaltung seines Bürgerrechts nicht aufgeben könne.

Was das jus connubii anbelangt, so ist es bekannt, daß die vertragsmäßige Aufhebung der Heirathsfreiheit wirkungslos ist [61]). Von der Fähigkeit Agnations- und an-

---

59) l. 61 D. de pactis (2, 14). Wenn wir dabei die ganze weite Bedeutung des Wortes alienatio bedenken, l. 7 C. de reb. al. non. al. (4, 51), l. 1 C. de fundo dot. (5, 23), l. 28 D. de V. S. (50, 16), l. 2 pr. D. de cond. instit. (28, 7), so umfaßt eigentlich jener Satz alle Befugnisse des jus commercii.

60) l. 61 D. cit.

61) l. 14 §. 2 D. commun. div. (10, 13), l. 5 C. eod. (3, 37). Suspensivverträge sind auch hier zulässig, l. 14 §. 2 und 3 D. eod.

62) l. 71 §. 1 C. de condit. et dem. (35, 1), l. 6 §. 3 und 4 D. de jure patronatus (37, 14), l. 134 pr. D. de V.

dere Verwandtschaftsverhältnisse zu haben, wissen wir dasselbe aus klaren Zeugnissen [62]). Ein Vertrag, daß man nicht solle in Dotalverhältnissen stehen können, ließe sich ohne Aufgeben des jus commercii nicht denken, und wäre auf jeden Fall ein Vertrag quo deterior fit conditio mulieris, welcher schlechterdings unstatthaft ist [63]), und so brauche ich wol selbst von der übertriebensten Skrupulosität nicht zu befürchten, daß sie sich daran stoßen werde, wenn ich keine ausdrückliche Stelle für die Unmöglichkeit der Fähigkeit zur väterlichen Gewalt zu entsagen, anführen kann, die sich aber doch aus der Ungültigkeit eines das Agnationsverhältniß aufhebenden Vertrages ableiten läßt, da die väterliche Gewalt ja streng genommen, nur ein Ausfluß, eine besondere Anwendung der Agnation ist.

In Rücksicht des jus suffragii et honorum, deren Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte übrigens zu offenbar und zu anerkannt ist, bin ich zwar nicht im Stande, die Unveräusserlichkeit durch Privatverträge mit ausdrücklichen Stellen zu belegen, und muß also abwarten, ob jemand geneigt und fähig seyn wird, mir das Gegentheil darzuthun, indessen darf ich wol gerechte Zweifel dawider hegen, daß die Römer gestattet haben sollten, daß man sich factisch zum civis non optima lege mache und sich gewissermaßen

---

O. (45, 1), l. 14 C. de nuptiis (5, 4), l. 2 C. de inutil. stip. (8, 39).

63) l. 34 D. de pactis (2, 14), l. 8 D. de R. J. (50, 17).

64) l. 27 §. 2 D. de pactis (2, 14), l. 14 l. 17 D. de pact. dotal. (23, 4), l. 6 C. de pactis convent. (5, 14). Hinsichtlich der Dos finden wir überdies die Beziehung aufs öffentliche Recht bestimmt ausgesprochen in l. 1 D. sol. matr, (24, 3), l. 2 D. de jure dot. (23, 3), l. 17 §. 1 l. 18 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

selber in Caeritum tabulas eintrage. Es wäre überhaupt etwas ganz Widersinniges, daß ein Privatmann ein absolutes Recht darauf sollte erwerben können, daß ein Anderer keine Aemter bekleide und an keinen öffentlichen Verhandlungen Antheil nehme; eine poena privata kann er sich allenfalls stipuliren und diese einklagen, wenn er ein Interesse nachweisen kann [64]), das ist aber auch Alles.

Dieselbe Widersinnigkeit findet nun aber in der That auch hinsichtlich des Aufgebens der anderen Fundamentalrechte Statt. Es steht mir allerdings in der Regel frei, so ferne bloß von einzelnen bestimmten Handlungen die Rede ist, einem Anderen zu gestatten mich zu schimpfen, zu mißhandeln, einzusperren u. s. w. weil durch diese Erlaubniß die Handlung des Andern die Natur der Rechtsverletzung verliert [65]), aber daß ich allge-

---

65) l. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1), l. 6 §. 1 D. de servis export. (18, 7).

66) Es ist offenbar kein furtum, keine violenta possessio, wenn ich einem Andern erlaubt habe, meine Sache zu nehmen. Volenti non fit injuria heißt es, wenn ich in die bestimmte an sich injuriöse Handlung gewilligt habe, und nur nicht auch die Rechte Anderer dadurch verletzt werden, l. 1 §. 5, l. 15 §. 49, l. 17 pr. D. de injur. (47, 10), l. 9 §. 1 D. de aqua et aquae pluv. (39, 3) Ueber das freiwillige Einsperrenlassen sehe man l. 3 §. 5 de lib. hom. exh. (43, 28). In älterer Zeit, wo der Selbstmord nicht als etwas Unerlaubtes, sondern unter Umständen sogar als rühmlich galt, war es gewiß auch straflos, jemanden auf seine Genehmigung oder gar sein Verlangen zu tödten. Eigentlich liegt dies auch in dem Satze: volenti non fit injuria, da injuria nicht bloß Ehrverletzungen, sondern wenigstens alle Verletzungen von Leib Leben umfaßt.

mein gegen jemanden, geschweige also überhaupt dem Recht auf Treu und Glauben, auf Ehre, auf Integrität des Körpers und des Besitzstandes, und auf Freiheit der Person und der Handlungen ꝛc. sollte entsagen können, wäre nicht nur an sich absurd, sondern ein solcher Vertrag gehörte auch zu denen, welche dem Staatszweck widersprächen und Verbrechen beförderten, Verträge, die unbedingt für ungültig erklärt sind [66]). Dies finden wir nun auch in den mannigfaltigsten Anwendungen durchgeführt. So ist ungültig:

1) Das pactum „*ne dolus praestetur*“ [67]).
2) Das pactum „*ne interdicto unde vi agatur*“ [68]);
3) Das pactum „*ne furti agatur*“ [69]);
4) Das pactum „*ne injuriarum agatur* [70]);
5) Das pactum „*ne omnino agatur*“ [71]);
6) Das pactum „*ne sibi in suo sepelire mortuum liceat*“ [72]).
7) Das pactum, wodurch man sich des Rechts auf Unbeschränktheit der nothwendigen räumlichen Sphäre für sich und seine Sachen begiebt [73]).

---

67) l. 123 D. de V. O. (45, 1), l. 116 pr. D. de R. J. (50, 17), l. 27 §. 4 D. de pactis (2, 14).

68) l. 27 §. 3 D. de pactis (2, 14), l. 17 pr. D. commodati (13, 6), l. 1 §. 7 D. depositi (16, 3), l. 23 D. de R. J. (50, 17).

69) l. 27 §. 4 D. de pactis (2, 14).

70) l. 27. §. 4 D. cit.

71) l. 27 § 4 D. cit.

72) l. 7 §. 16 D. eod.

73) l. 61 D. eod.

74) l. 71 §. 2 D. de condit. et dem. (35, 1), l. 18 §. ult. D. de alim. legatis (33, 1), l. 7 D. de serv. exportand. (18, 7).

Das letzte der angegebenen pacta bedarf keines weiteren Commentars, wol aber die anderen. Es steht mir nun in der Regel frei, wenn ich bestohlen, beraubt, betrogen, injuriirt worden bin u. s. w., die daraus erwachsenen Ansprüche auf Schadenersatz und poenae privatae zu erlassen [74]), warum soll ich dies nun nicht auch schon vor geschehener Verletzung thun können? Der Grund liegt eigentlich sehr nahe. Die aus einem Delikt hervorgegangenen Ansprüche gegen den Verletzer sind bekanntlich obligationes, obligationes ex delicto. Die Obligationen aber sind Privatrechte, gehören also zu den der Veräusserung fähigen Rechten. Dieser Zusammenhang ist an sich zu klar, um eigentlich eines Beweises zu bedürfen, doch kann ich ihn noch durch Folgendes über allen Zweifel erheben. Wir finden nemlich, daß sich auf einem mittelbaren Wege das pactum ne dolus praestetur allerdings schließen lasse, indem wir es z. B. in ein pactum ne depositi agatur einkleiden; denn durch Erlaß aller künftigen Ansprüche aus dem Depositum an den Depositar, ist diesem ja zugleich sein etwaniger künftiger dolus mit erlassen, und doch soll ein solcher Vertrag gültig seyn [75]). Diese Consequenz kann nun durchaus in nichts Anderem ihren Grund haben, als darin, daß durch das pactum ne depositi agatur wesentlich nur eine obligatio, die obligatio ex deposito aufgegeben worden ist, wobei der erlassene dolus in den

---

75) l. 27 §. 4 D. de pactis (2, 14), in den Worten: „*Sed post admissa haec pacisci possumus.*“ l. 11 §. 1 D. de injur. (47, 10). Auch die Bemerkung in l. 7 §. 14 D. de pactis „De furto pacisci licet“ kann nur auf ein schon begangenes furtum gehen.

76) l. 27 §. 3 l. 7 §. 15 D. de pactis (2, 14).

Hintergrund tritt. Ganz anders hingegen, wenn der Erlaß speciell auf die künftige dolose [76]) Rechtsverletzung gerichtet worden, wie im pactum ne dolus praestetur, ne de vi, ne furti, ne injuriarum agatur der Fall ist. Man könnte hier freilich den Grund der Ungültigkeit des Vertrages bloß darin suchen, daß es ein Verbrechen befördernder Vertrag sey, worauf auch l. 27. §. 4. D. de pactis im Anfange hindeutet, allein dieselbe Stelle giebt auch noch einen andern Grund an, der sich auf jenen ersten nicht beziehen kann, nemlich: daß ein solcher Vertrag publicam causam contingere [77]), oder a re privata remotum sey, und dies paßt hier vollkommen. Durch das pactum ne dolus praestetur gebe ich keine obligatio, kein Privatrecht auf, sondern ich entsage dadurch gegen jemanden meinem Staatsbürgerrecht auf Treu und Glauben, und eigentlich allem Rechte, denn ich ertheile jenem ja die Befugniß, mich ungestraft zu verletzen und daher muß natürlich ein solcher Vertrag, weil er Aufgebung eines öffentlichen Rechts enthält, ungültig seyn, auch wird ein solches pactum contra bonos mores genannt [78]).

---

77) Culpose Rechtsverletzungen können bekanntlich im Voraus erlassen werden: l. 23 D. de R. J. (50, 17).

78) Dies wird gerade vom pactum ne interdicto unde vi agatur gebraucht; da nun dies kein interdictum populare ist, so kann die publica causa nicht im Rechte des Staats gesucht werden.

79) l. 1 §. 7 D. depositi (16, 3) l. 23 D. de R. J. (50, 17) Von dem pactum ne culpa praestetur kann man nicht ebenfalls sagen, es ertheile einem andern das Recht mich zu verletzen, denn es gewährt ihm nur im Voraus Verzeihung für die ohne seinen Willen mir zugefügten Verletzungen.

Eben so steht es um das pactum ne furti oder ne de vi agatur. Diese pacta enthalten eine Begebung des Fundamentalrechts auf Sicherheit des Besitzstandes und sind also ganz consequent nach unserem Princip null und nichtig. Was aber endlich das pactum ne injuriarum agatur betrifft, so brauche ich nur zu bemerken, worauf schon mehrmals hingedeutet worden, und was unten ausführlich erwiesen werden soll, daß nemlich injuria eigentlich der Generalbegriff für die Verletzungen der jura publica und namentlich der schon angegebenen Rechte des Staatsbürgers sey, um in der Ungültigkeitserklärung jenes Pactums den Satz versteckt zu finden, daß man überhaupt nicht gegen jemanden den angegebenen Rechten entsagen könne. Die Nullität der vorhin erörterten pacta ist daher nichts als eine specielle Anwendung dieses allgemeinen Satzes, und eben so die Nichtigkeit der noch übrigen Verträge. Wenn nemlich das pactum ne omnino agatur, daß man überhaupt nicht solle klagen dürfen, reprobirt wird, so heißt das mit andern Worten nur, daß man sich des allgemeinen Staatsbürgerrechts seine Rechte gerichtlich geltend zu machen nicht begeben könne, und in der Verwerfung des pactum ne in suo sepelire mortuum liceat, kann man zwar einestheils die Ungültigkeitserklärung eines, die im jus commercii liegende Dispositionsbefugniß über sein Eigenthum aufhebenden Vertrages finden, aber auch anderntheils die Verwerfung der Entsagung auf das Recht für sich und seine Familie einen locus religiosus zu haben. Ein solches pactum verstieße ja auch offenbar gegen das jus pontificium, welches ungezweifelt zum jus publicum gehört.

Die meisten der hier gelieferten Beweise haben freilich mehr oder minder aus Andeutungen geschöpft werden müssen, indessen scheint mir, daß eine unbefangene, un-

partheiische Betrachtung sich daran nicht mit Fug stoßen könne. Die ganze Natur der oben aufgestellten Fundamentalrechte führt auf Unveräusserlichkeit derselben, und es ist daher eigentlich mehr zu verwundern, daß die Römer in Rücksicht einiger dieser Rechte, wie z. B. dem jus testamentifactionis und dem jus connubii die Unveräusserlichkeit so bestimmt und so oft ausgesprochen, als daß sie hinsichtlich der anderen Rechte gar nicht besonders davon gehandelt, sondern nur allenfalls beiläufig in einigen vorzüglich hervortretenden Beziehungen darauf hingedeutet haben.

§. 12.

II. Fundamentalrechte des Staats.

Die Rechte, durch deren Inbegriff die Idee des Staates im Gegensatz gegen die Glieder desselben, als Rechtssubject constituirt wird, sind nach Römischer Verfassung hauptsächlich folgende:

I. Das Recht Gesetze zu geben, entweder unmittelbar durch Volksschlüsse [80]) und durch Gewohnheiten [81]) oder mittelbar durch die magistratus, vermöge des die-

---

80) Es verdient vielleicht beachtet zu werden, daß Gajus I §. 2 von plebiscitis sagt: „legibus exaequatae sunt“, und nicht bloß legis vicem obtinent wie von einigen andern Rechtsquellen, letzteres scheint etwas weniger gewesen zu seyn. Ich kann dabei nicht umhin, dem alten Eberlin sein gebührendes Lob zu ertheilen, der in seinem Werk de. Orig. Jur. c. 10 No. 4 schon die Quellen, welche vicem leges haben und die bei denen dies nicht der Fall ist, so bestimmt unterscheidet als man es jetzt auf Auctorität des Gajus thut. Auch vertheidigt er l. c. schon die richtige Ansicht von Prätorischem Edikt.

81) l. 32 D. de legibus (1, 3)

sen letzteren ertheilten jus edicendi [82]). Factisch verlor zwar das Römische Volk in späteren Zeiten die gesetzgebende Gewalt durch die Kaiser, aber die staatsrechtliche Theorie der Römer blieb immer, daß nur das Volk das Recht habe, eigentliche leges, die höchste der Rechtsquellen und welche als Maaßstab für die verbindliche Kraft aller anderen gebraucht ward, zu erlassen [83]) und daß die kaiserlichen Constitutionen nichts seyen als ein Ausfluß des den Kaisern als Staatsbeamten zustehenden jus edicendi, daher sie ja auch noch bis in die spätesten Zeiten edicta oder wenigstens leges edictales genannt wurden [84]).

---

82) Gajus I §. 6 Zahlreiche Beispiele von Edikten fast aller höheren Römischen magistratus finden sich bei Brissonius de V. S. voce: „Edictum"

83) Da die berühmte Stelle bei Tacit. Ann. I c. 15 nur auf die Wahlen geht, so finden wir nirgends, daß dem Volke ausdrücklich seine höchste legislative Gewalt genommen worden wäre, auch reden ja wenigstens die klassischen Juristen von legibus und plebiscitis als noch immer mögl ichen Rechtsquellen, wie der G. J. R. Hugo (Rechtsgesch. §. 283 der 7ten Aufl.) sehr richtig bemerkt hat Mein College Walter hat mich auf eine Urkunde bei Biener de orig. et progr. L. L. German. Bd. 1 S. 313. u. f. aufmerksam gemacht, welche beweist, wie sich noch bis tief ins Mittelalter die Idee von der Souverainität des Populus Romanus erhalten hat: es ist der Beschluß, wodurch Karl dem Großen die Römische Kaiserkone übertragen worden, wobei erklärt wird: es geschehe nur, weil es zu beschwerlich sey Comitia zu halten.

84) Daß die kaiserlichen Constitutionen legis vicem hatten, Gajus I. §. 5, §. 6 J. de jur. n. g. et c. (1, 2), l. 1 D. de constit. princ. (1, 4) steht dem im Texte Gesagten

II. Das Recht Abgaben und Dienstleistungen als Staatsbeamten, Soldaten u. s. w. von den Unterthanen zu verlangen.

III. Das Recht die innere Verwaltung und die Einrichtung der fürs öffentliche Wohl und den Staatszweck nöthigen Anstalten und Vorkehrungen zu führen, zu treffen und zu besorgen, durch seine Organe, Vertreter und Werkzeuge die Staatsbeamten, worunter ich hier auch den Senat und den Kaiser begreife, welcher letztere sich von anderen Staatsbeamten der Theorie nach ja nur durch die Vereinigung mehrerer der ersten Würden in einer Person und durch den lebenslänglichen Besitz derselben unterschied [85]), und an Rang sogar unter den Consuln

---

nicht entgegen, denn das hatten die Senatus consulta auch, Gajus I. §. 4, §. 6 J. eod. l. 9 D. de legib. (1, 3) und unter Umständen sogar die Responsa prudentum: Gajus I. §. 7, §. 8 J. eod. l. 2 §. 47 D. de orig. jur. (1, 2) const. „Deo auctore" §. 4. Theodos und Valentinian stützen ausdrücklich in l. 3 C. de legib. (1, 14) die allgemeine verbindliche Kraft ihrer Verordnungen darauf, daß dieselben Edicta seyen, und Theophilus I. 2 §. 6 findet noch für nöthig, ausführlich zu deduciren, daß die Kaiser rechtmäßig durch die ihnen vom Volke ertheilte Gewalt zum Recht der Gesetzgebung gekommen wären. Das Recht des Senats, die acta principis zu rescindiren, erklärt sich auch am Besten daraus, daß die kaiserlichen Verordnungen als Edicte eigentlich nur galten, so lange der, welcher sie erlassen hatte, sein Amt führte, so daß ihre fernere Kraft von der Beibehaltung abhängig war.

85) Bach Hist. Jurisprud. Rom. lib. III. c. 1 §. 1 seq. Gründler Handb. der Röm. Rechtsgesch. Bamberg 1821 §. 155 b.

stand [86]), bis Justinian im Jahr 541 die consularische Würde mit der kaiserlichen gänzlich vereinigte.

IV. Das Recht der auf verschiedenerleiweise auszuübenden Criminal- und Civilgerichtsbarkeit bei Verbrechen und Rechtsstreitigkeiten und demnach auch das Recht, den ungehorsamen und rechtsverletzenden Unterthanen zu zwingen und zu strafen.

V. Das Recht von den Unterthanen Vermeidung alles dessen zu verlangen, was durch das positive Recht als Verletzung der Rechte, des Zwecks und des Interesses des Staats bezeichnet ist. So beschränkt muß die Regel gefaßt werden und man darf nicht etwa sagen: Das Recht von den Unterthanen Vermeidung aller Rechtsverletzungen, aller delicta und maleficia zu fordern, denn die Römer haben keineswegs die Ansicht unseres heutigen Criminalrechts, daß jede mögliche Rechtsverletzung auch den Staat verletze, weil doch eine Uebertretung seiner Strafgesetze darin liege, weshalb er immer einzuschreiten befugt sey, sondern die Rüge der Rechtsverletzungen ist fast durchgehends dem unmittelbar Verletzten überlassen, und der Staat hat nur, wenn geklagt wird, vermöge seiner Gerichtsbarkeit das Recht zu untersuchen und zu bestrafen. Bei Verletzungen des einzelnen Staatsbürgers können daher regelmäßig nur der Verletzte selber und allenfalls einige durch potestas, Verwandtschaft, Vormundschaft ꝛc. mit ihm verbundene Personen deshalb auf Entschädigung und Strafe antragen. Bei Verletzungen einer juristischen Person können eben so nur die Vorsteher oder besonders erwählte Stellvertreter derselben klagen [87]) und wo endlich der Staat

---

86) Gibbon History of the decline and fall of the Roman Empire, c. 17 in der Mitte.

selbst als verletzt gilt, muß er auch selber Klage erheben; denn wie oben beim jus postulandi ausgeführt worden, gilt bei den Popularklagen, den öffentlichen Accusationen u. s. w. der Staat, der populus Romanus eigentlich selber als Kläger, der Einzelne der ex populo auftritt, nur als Procurator des Staats, indem nur, damit die Verletzung desto sicherer gerügt werde [88]), jedem Staatsmitgliede, die zum Postuliren Unfähigen ausgenommen, gestattet ist diese Procuratur auch ohne Auftrag zu übernehmen und bei den Popularklagen sogar als procurator in rem suam. Der Staat gilt also durchaus nicht immer nach Römischen Recht als mitbeleidigt und dies wird so streng durchgeführt, daß selbst da wo er als verletzt gilt, aber nicht als alleiniger Verletzter, sondern nur neben einem Privatmann, erst wenn dieser nicht klagt, von Staatswegen geklagt werden kann [89]). Auch scheint dies nicht durch die spätere Einführung der Fiskale, der agentes in rebus [90]) geändert worden zu

---

87) l. 3 – 6 D. quod cujusque univers. nom. (3, 4). Die Vertheidigung der juristischen Person kann jeder übernehmen, l. 1 §. 2 und 3 D. eod.

88) l. 3 §. 4 l. 4. D. de op. nov. nunt. (39, 1).

89) Dies wird durch unzählige Stellen bewiesen, z. B.
1. Für die Popularklagen durch l. 3 §. 1, l. 6 D. de popul. act. (47, 23), l. 6 D. de sepulchro viol. (47, 12).
2. Für die Accusationen durch l. 4 §. 1 u. 2, l. 26 pr. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5), l. 16 D. de accusat. (48, 2).
3) Für die Interdicta popularia durch l. 42 pr. D. de procurator. (3, 3), l. 1 §. 3 l. 3 pr. D. de via publ. (43, 11), l. 3 §. 12 D. de lib. hom. exh. (43, 29).

90) Cod. lib. XII. Tit. 20 – 22.

seyn, denn diese durften wol nur da als Ankläger auftreten, wo es auch jeder ex populo thun konnte.

VI. Das Recht auf Treu und Glauben, auf Ehrlichkeit und Redlichkeit in allen rechtlichen Verhältnissen der Unterthanen zum Staate [91]).

VII. Das Jus commercii und testamentifactionis. Auch der Staat kann ja Eigenthum, jura in re und Forderungen haben und Erbe [92]) werden, in welcher Beziehung er im neuern Recht gewöhnlich unter dem Namen des Fiskus auftritt. Daß seine Sachen res extra commercium heißen, darf uns nicht irre machen, denn das bezeichnet ja nur, daß sie nicht ganz dem gewöhnlichen Vermögensverkehr unter Privatpersonen unterworfen sind, namentlich, daß ihr Verlust durch Usucapion und non usus ausgeschlossen ist [93]), keineswegs aber daß sie dem Eigenthum entzogen sind, wie man es häufig ausdrückt, denn sie stehen allerdings im wahren Eigenthum des Staates.

VIII. Das Recht auf Erhaltung des Besitzstandes im gleichen Maaße wie es bei wirklichen Personen der Fall

---

91) Ich brauche hier wiederum nur an die lex Cornelia de falsis, an das Crimen repetundarum et residui, an das allgemeine Verbot des dolus u. s. w. zu erinnern.

92) Daß der Staat zum Erben ernannt werden könne, leidet wenigstens nach neuerem Recht gewiß kein Bedenken, da juristische Personen von der Einsetzung nicht mehr ausgeschlossen sind, und den Anspruch des Staates aufs bonum vacans kann man mit Recht, wie oben bemerkt worden, als eine Art Intestaterbrecht betrachten.

93) l. 9 l. 18 l. 24 §. 1 D. de usurpat. (43, 3), l. 2 D. de via publica (43, 11).

ist. Darauf bezieht sich z. B. die jedem ex populo zustehende operis novi nuntiatio in causa publica 94).

Auch die hier angegebenen Fundamentalrechte ließen sich wol noch vermehren, indessen kommt es hier mehr auf richtige Klassificationen als auf genaue Angabe aller einzelnen in eine Klasse gehörenden Rechte an. Den Beweis übrigens, daß die oben aufgestellten Charaktere der öffentlichen Rechte hier vollkommen anwendbar sind, wird man mir hoffentlich erspareu. Die Individualität des Subjects dieser Rechte liegt zu Tage, da jeder Staat ja in sich selber das einzige Ding seiner Art ist; und eben daher kann auch von Vererbung dieser Rechte der Natur der Sache nach nicht die Rede seyn. Was aber die Veräusserlichkeit jener Rechte durch Privatverträge betrifft, so leidet es allerdings keinen Zweifel, daß der Staat Jemandem auch vertragsmäßig ein Privilegium bewilligen und dadurch gegen ihn eine oder die andere jener Befugnisse aufgeben könne, aber daß durch einen solchen Privatvertrag mit einem einzelnen Staatsbürger der Staat sich gänzlich eines jener Rechte sollte begeben können, würde den Römern gewiß ganz unbegreiflich gewesen seyn; dergleichen Widersinnigkeit haben sie sich auch nicht durch Uebertragung einer ausserordentlichen Gewalt auf ihren princeps zu Schulden kommen lassen. Ueberdies sind ja auch die Erbverträge und die pacta ne dolus praestetur, ne furti agatur u. s. w. unbedingt und ohne Rücksicht auf das sie schließende Subject für ungültig erklärt.

§. 13.

III. Fundamentalrechte der juristischen Personen.

Man muß hier die Rechte, die nur einigen juristi-

---

94) l. 3 §. 4 l. 4 D. de op. nov. nunt. (39, 1).

schen Personen zustehen, und die welche nach Römischem Recht als zum Wesen aller gehörig gelten, genau unterscheiden. Von den ersteren soll unten bei den juribus singularibus die Rede seyn; als Rechte der letzteren Art, deren Platz dagegen hier ist, lassen sich wol nur folgende aufführen:

I. Das jus commercii et testamentifactionis. Alle Communen, Corporationen, piae causae u. s. w. haben das Recht in Vermögensverhältnissen zu stehen, und daß sie nach neuerem Recht auch zu Erben eingesetzt werden dürfen [95]) und sogar ab intestato ihre Mitglieder beerben können [96]), ist bekannt genug. Selbst Sachen, in so ferne sie als Rechtssubjecte behandelt werden, können in gewissem Sinn Vermögensrechte haben [97]).

II. Das Recht auf Erhaltung des Besitzesstandes ungefähr in gleichem Maaße wie bei wirklichen Personen [98]).

III. Das Recht auf Integrität in allen Beziehungen, wo das Wesen und die Rechte der juristischen Person von Andern verletzt werden können.

IV. Das Recht auf Treu und Glauben.

V. Das Recht auf Ehre [99]).

---

95) l. 22 D. de legat. I. (30), l. 1 §. 15 l. 26. D. ad SCtum Trebell. (36, 1), l. 12 C. de hered. inst. (6, 24), l. 21 C. de episc. et cler. (1, 3).

96) l. 2 D. de veteran. et mil. success. (38, 12).

97) §. 3 J. de reb. incorp. (2, 2), l. 1 D. de servitut. (8, 1), l. 23 §. 2 u. 3 D. de serv. praed. urb. (8, 3).

98) In Rücksicht des Erwerbes des Besitzes unterscheiden sich bekanntlich die juristischen Personen etwas von den eigentlichen Personen, sonst wesentlich nicht.

99) Man sehe z. B. l. 10 C. de episcop. et cler. (1, 3).

Daß nun diese Rechte ans Individuum jeder juristischen Person geknüpft sind und daher weder auf Andere vererbt noch durch Vertrag übertragen werden können, dies ist zu klar, als daß ich mich dabei aufhalten sollte. Was hingegen das vertragsmäßige Aufgeben dieser Rechte betrifft, so wäre dies freilich an sich denkbar, allein die Ungültigkeit der Erbverträge und der pacta ne furti, ne injuriarum, ne interdicto unde vi, ne omnino agatur, ne dolus praestetur, ne rem alienare vel dedicare liceat u. s. w. ist ja allgemein ausgesprochen, ohne Rücksicht darauf, wer sie geschlossen hat, muß also auch in Beziehung auf juristische Personen zur Anwendung kommen. Es wäre auch hier nicht weniger widersinnig als bei eigentlichen Personen, daß ein Privatmann ein absolutes Recht darauf sollte erwerben können, daß die juristische Person sich ihrer Fundamentalrechte nicht bediene. Man wende mir nicht ein, daß eine juristische Person doch, indem sie sich auflößt, alle ihre Rechte aufzugeben im Stande ist, denn das kann der einzelne Staatsbürger auch, wenn er sich umbringt, und ausserdem wäre dies noch etwas ganz anderes als das Aufgeben durch einen Privatvertrag. Ueberdies liegt bei den juristischen Personen der Zusammenhaug ihrer Rechte mit dem jus publicum noch mehr am Tage als bei dem einzelnen Staatsbürger, indem ihre ganze rechtliche Existenz ein integrirender Theil des Staatsorganismus und der Verfassung ist, daher auch die Lehre von ihnen in den Pandekten an dem Orte eingeschaltet ist, wo vorzüglich vom Staate und von Staatseinrichtungen gehandelt wird [100], auch wird demgemäß von den die innere Verfassung der juri-

---

100) Man vergleiche das 49ste und 50ste Buch der Pandekten.

stischen Personen betreffenden Rechtsbestimmungen gesagt: jus reipublicae pacto mutari non potest [101]).

Die ganze bisherige Untersuchung ist aber noch sehr leicht und einfach gewesen; allein jetzt kommen wir an, dem Gegenstande nach freilich viel interessantere, aber auch unendlich schwierigere Materien, in denen indessen, wie ich hoffe, meine Theorie erst rechten Boden gewinnen und ihre vollständige Begründung finden soll.

Kap. 2.

Jura singularia im subjectiven Sinne.

§. 14.

In Hinsicht des Staats kann natürlich von keinen singulairen Rechten die Rede seyn, weil er für jedes positive Recht als das einzige Subject seiner Art existirt; wir haben es also hier bloß mit den Rechtssubjecten im Staate zu thun, und wir wollen hier zuvörderst die eigentlichen Personen beleuchten. Deren rechtliches Verhältniß, deren verfassungsmäßige Stellung im Staate kann nun sehr verschieden seyn. Dies ist nicht dann der Fall, wenn die Quantität ihrer Privatrechte, ihres Eigenthums, ihrer Forderungen u. s. w. verschieden ist, denn dabei bleibt ihr staatsbürgerliches Verhältniß, wenn gleich nicht factisch, doch juristisch im Wesentlichen dasselbe, sondern dies kann nur dann der Fall seyn, wenn zu der Summe der allgemeinen Fundamentalrechte etwas zugesetzt, oder etwas davon abgezogen wird. Aber auch alsdann findet es

101) l. 2 §. 8 D. de admin. rer. ad civ. pertin. (50, 8).

nicht immer Statt. Diese Verminderung oder Vermehrung kann nemlich durch ein specielles Privilegium geschehen und dann gehört sie nicht weiter hierher, sondern nur dann, wenn sie durch ein eigentliches jus singulare geschieht. Dies nöthigt zu einer näheren Betrachtung der Eintheilung der Rechtsbestimmungen nach ihrem Umfange.

Die Römer gehen davon aus, solche Rechtsvorschriften zu unterscheiden, welche wirklich jus bilden, eine Regel begründen, und solche, welche bloß etwas Individuelles betreffen, ein einzelnes Rechtssubject oder ein einzelnes Rechtsobject oder ein einzelnes Rechtsverhältniß zum Gegenstande haben. Die letztern heißen im eigentlichen Sinn privilegia und durften in älterer Zeit, wenn auch etwa von der Volksversammlung, doch wenigstens von keiner andern Behörde irrogirt werden, was aber schon frühe nicht genau beobachtet ward [102]) und woran sich vor allem die Kaiser nicht banden. Diese Dichotomie ist rücksichtlich der kaiserlichen Constitutionen, eben weil diese am häufigsten eigentliche privilegia enthielten, aufs bestimmteste ausgesprochen: „Constitutionum quaedam sunt *personales*, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult. Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliae autem quum *generales* sint, omnes procul dubio tenent“ [103]). Aber auch im ältern

---

102) Dirksen Civil. Abhandlungen, Band 1 Abh. 4.

103) §. 6 J. de jur n. g. et c. (1, 2) Ganz dieselbe Eintheilung der Constitutionen enthalten l. 1 §. 2 D. de const. princ. (1, 4) l. 2 l. 3 C. de leg. et const.

Recht finden wir diese Dichotomie durchgeführt: „Jura non ad singulas personas, sed generaliter constituuntur“ heißt es in den Pandekten [104]), wobei ohne Zweifel an das Verbot der privilegia in den 12 Tafeln gedacht ist, von welchem Cicero sagt: „vetant leges sacratae, vetant XII tabulae, leges privis nominibus irrogari, d est enim privilegium“ [105]).

(1,1) Theophilus I, 2 §. 6, sie rührt also nicht von Justinian her.

104) l, 8 l. 3—6 D. de legibus (1, 3)

105) Cicero pro Domo c. 17, de Legibus III c. 4 u. 19. Sollte auch wirklich der Sinn des „privilegia ne irrogantо“ usprünglich der gewesen seyn, daß nur das Volk legibus slvere dürfe, wie Dirksen, l. c. hauptsächlich gestützt uf Asconius Paedianus ad Cic. Or. 1 pro C. Cornelio und Dio Cassius XXXVI c. 22 zu beweisen gesucht hat, so frägt sich doch noch ob jenes legibus solvere gerade von einem günstigen Befreien vom Gesetz verstanden werde müsse, es ließe sich füglich so nehmen, daß überhaupt keine Ausnahme, weder günstige noch nachtheilige vom tstehenden Recht für ein Individuum gemacht werden dürfe, als allenfalls von der höchsten gesetzgebenden Gewalt. Auf jeden Fall bleibt die Beziehung von privilegium uf etwas Individuelles auch in jenem Privilegia ne irrganto gewiß, und das genügt hier. Eben so wenig stzt es dieser Individualität entgegen, daß auch ganzen Cmmünen, Corporationen, Familien und Societäten Vvilegien ertheilt werden können, l. 1 §. 2 D. jur. immun (50, 6) l. 10 C. de nupt. (5, 4) l. 9 C. de incolis (10, 39) l. 13 C. de dignitat. (12, 1) denn jene Cubjecte werden dabei als Individuen aufgefaßt, und s ist dies offenbar etwas ganz anderes, als wenn für eien ganzen Stand, oder eine ganze Klasse juristischer Personen, z. B. die Städte besondere Grundsätze aufgestllt werden.

Der Gegensatz der privilegia in engster und eigentlicher Bedeutung, die leges oder constitutiones generales, das eigentliche jus, ist seinem Umfange nach wieder doppelt, theils generelles Recht im engern Sinne, welches für alle Personen und Sachen die rechtlichen Verhältnisse, ihre Rechte und Pflichten feststellt, theils singulaires Recht jus singulare [106]) auch lex specialis genannt [107]), welches einzelnen Klassen von Personen, Sachen oder Verhältnissen besondere Rechte erheilt oder von den allgemeinen Rechten etwas entzieht oder besondere Pflichten auflegt, und von welchem es wr von den eigentlichen Privilegien heißt: „non est producendum ad consequentias“ [108]).

---

106) l. 16 D. de legibus (1,3) *Jus singulare* est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“.

107) l. 24 D. de statu hom. (1,5) Lex naturae haec est, ut qui nasitur sine legitimo matrimonio, matem sequatur, nisi *lex specialis* aliud inducit“. Daß hir lex specialis kein individuelles Privilegium bezeichne, beweisen die Beispiele solcher leges speciales bei Ulp. Fragm. III §. 3 u. V §. 8, Gajus I §. 77—79 l. 1 . 2 D. ad municipalem (50,1).

108) l. 14 l. 15 D. de legibus (1,3) l. 141 l. 62 D. de R. J. (50,17) Eigentlich mögen die Römischn Juristen, welche diese Regel aufgestellt haben, wol nur an etwas inconsequente und irregulaire Rechtssätze, die ber darum doch generelles Recht bilden können, gedacht aben, wie z. B. wenn Ulpian in Rücksicht der Entstehun des mutuum sagt: „Singularia quaedam recepta ant, circa pecuniam creditam etc“ l. 15 D. de rebus crctis (12,1) Allein Justinian will jenen Grundsatz nun nmal vom

Wenden wir uns jetzt zu der Frage, ob das jus und die privilegia im objectiven Sinn ins publicum oder ins privatum jus zu setzen sind, so scheint mir, kann es hinsichtlich der privilegia keinem Zweifel unterworfen seyn, daß dieselben ins Privatrecht gehören. Von den privilegiis favorabilibus gilt so recht eigentlich, daß sie ad singulorum utilitatem pertinent, und was die privilegia odiosa anbetrifft, so stehen diese gewissermaaßen für den, auf welchen sie sich beziehen, als Prohibitivgesetze da. Hingegen das jus singulare läßt sich nicht so unbedingt unter eine Kathegorie bringen, weil es nach dem Grunde aus welchem es geflossen, zwiefacher Natur ist. Wir müssen hier, um dies vollständig zu erklären, einen Blick auf das generelle Recht werfen. Dies ist theils öffentliches, theils Privatrecht. Ein Haupttheil des zum ersteren gehörenden generellen Rechts ist derjenige, den man gewissermaaßen das Gebälke und Fachwerk der Scheidewände im Staatsgebäude nennen könnte, nämlich der, welcher sich auf die rechtliche Stellung der sämmtlichen Sub- und Objecte im Staatsorganismus bezieht, also diese gegen einander und unter sich abgrenzt, das Wesen und die rechtliche Bedeutung dieser rein positiven oder auf natürlichen Verhältnissen beruhenden Verschiedenheiten festsetzt, und die Bedingungen aufstellt, wodurch das Gehören zu einer oder der anderen dieser Abtheilungen bestimmt werden soll, so weit als dies von menschlicher Willkühr abhängen kann [109]). Daß nun dieser Theil des

---

jus singulare verstanden wissen, wie die Stellung der l. 14 u. l. 15 D. de legibus zur l. 16 D. eod. beweist, wenn nicht auch diese von solchen Singularitäten zu verstehen sind.

109) Ein Paar Beispiele mögen diesen abstrakten Satz ver-

jus publicum durch aufhebende und abändernde Gesetze, und durch specielle Privilegien modificirt werden kann, ist nichts Besonderes, aber Eine Modification ist ihm eigenthümlich, nemlich die durch jura singularia, welche sich ohne Ausnahme nur darauf beziehen. Wenn nemlich zu den wesentlichen Verschiedenheiten der Klassen, die das generelle Recht gemacht oder die es wenigstens, wo sie schon von Natur existirten, sanktionirt hat [110]), zu

---

deutlichen. Ich verstehe also unter dem erwähnten Theil des jus publicum z. E. die Vorschriften darüber, was als Sache, was als Person gelten soll, ferner welche Personen patresfamilias, welche filiifamilias, welche mündig, welche unmündig, welche überhaupt handlungsfähig, welche nicht handlungsfähig seyn sollen, ferner die Abgrenzungen zwischen Cives, Latini und Peregrini, zwischen Ingenuis und Libertinis, zwischen cives optima lege und non optima lege, zwischen Senatoren, magistratus, Rittern und bloßen Privatpersonen u. s. w., dies Alles ist nur ein integrirender Bestandtheil des Staatsorganismus, spectat ad statum reipublicae. Dieser Theil des jus publicum ist es vornehmlich, der in den kurzen, nur das unmittelbar Wichtige herausshebenden Lehrbüchern von Gajus und Justinian in dem jus quod pertinet ad personas abgehandelt ist, und daraus erklärt sich nun, wie Theophilus I. 3 pr. sagen kann, im jus quod pertinet ad personas werde bestimmt, ob jemand Senator oder Privatmann sey. Eigentlich gehören hierher aber auch die Vorschriften darüber, ob eine Sache als in commercio oder extra commercium, als res sacra, sancta u. s. w. zu betrachten sey, was aber die Römer der Bequemlichkeit halber ins jus quod pertinet ad res gesetzt haben.

110) Die natürlichen Verschiedenheiten können nämlich auch durchs positive Recht verwischt werden, wie z. B. im Römischen Recht, hinsichtlich des Hermaphroditus der Fall ist, l. 10 D. de statu hom. (1, 5).

den Verschiedenheiten, worin eigentlich der rechtliche Gegensatz jener Klassen besteht, noch andere hinzugefügt werden, wenn für eine Klasse noch irgend etwas Besonderes bestimmt wird, dann haben wir ein jus singulare im eigentlichen Sinne, worauf indessen auch häufig der Ausdruck privilegium angewandt wird. Da nun diese jura singularia sich auf die Stellung beziehen, welche die Subjecte oder Objecte einer gewissen Klasse im Staate einnehmen sollen, so ist schon an sich die Vermuthung dafür, daß sie zum jus publicum gehören, indessen glaube ich doch hier nach Römischen Ansichten eine Unterscheidung machen zu müssen.

Zunächst müssen wir die jura singularia odiosa und favorabilia von einander sondern, denn auch die singulairen Rechtsbestimmungen können für die, worauf sie sich beziehen, nachtheilig oder vortheilhaft seyen. Die der ersteren Art sind auf jeden Fall absoluter Natur, und können wol alle unbedenklich ins jus publicum gesetzt werden. Hingegen bei den vortheilhaften juribus singularibus müssen wir auf den Grund sehen, wodurch sie motivirt worden sind, denn hier lassen sich im Wesentlichen zwei Gründe denken. Sie können nemlich auf der bloßen Absicht einer willkührlichen Bevorrechtung beruhen und dann kann man von ihnen sagen, daß sie ad singulorum utilitatem pertinent, blos den Vortheil derer bezwecken, auf welche sie sich beziehen, auch sollen in der Folge wenigstens sehr bedeutende Gründe dafür nachgewiesen werden, daß die Römer wirklich dergleichen jura singularia, wie z. B. die Vorrechte des Patriciats, als juris privati betrachtet haben. Weit häufiger aber beruhen die jura singularia unmittelbar oder mittelbar auf Rücksichten auf den Zweck und das

Interesse des Staats [111]). Unmittelbar z. B. wenn aus Staatszwecken die Befugnisse der Beamten erweitert werden, welche Erweiterungen die Römer unter dem Namen des merum imperium zusammenmessen [112]), wohin z. B. die tutoris datio gehört [113]) und die spätere Criminaljurisdiction der magistratus [114]). Eine mittelbare Beziehung der jura singularia auf den Staatszweck findet hingegen Statt, wenn ihnen die Absicht zu Grunde liegt, durch eine formell ungleiche Behandlung eine materielle Gleichheit hervorzubringen. Der Zweck des Staats ist doch Alle, bei denen nicht aus besonderen Gründen eine Zurücksetzung für nöthig befunden wird, so viel möglich in gleichem Maaß an den Vortheilen Theil nehmen zu lassen, welche die Staatsverbindung gewähren kann; dies würde aber nur sehr schlecht erreicht werden, wenn man alle über einen Kamm scheeren wollte. Der Soldat würde ohne Erweiterung seines jus testamentifactionis wenig Nutzen von dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu testiren haben, der Minderjährige durch das allgemeine Recht auf Treu und Glauben, bei seiner größeren Unbesonnenheit, nicht so gegen Verletzungen geschützt seyn als Andere, wenn ihm nicht besonders unter die Arme gegriffen würde, und Gleiches ließe sich hinsichtlich der SCta Vellejanum und Macedonianum, des privilegirten Gerichtsstandes der

---

111) Sehr umsichtig und sinnreich bringt Grollmann in seiner Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 221 u. f. der 3ten Aufl. sämmtliche summarische Prozesse auf dieses Prinzip zurück.

112) l. 1 §. 1 D. de offic. ejus cui mand. est. jurisd. (1, 21).

113) l. 6 §. 2 D. de tutelis (26, 1).

114) l. 3 D. de jurisdictione (2, 1), l. 70 D. de R. J. (50, 17).

personae miserabiles und einer Menge anderer jura singularia ausführen. Diese singulairen Rechtsbestimmungen sollen also durchaus eigentlich keine wahren Vorrechte gewähren, sondern sind nur besondere Mittel, wo wegen der besonderen Lage worin gewisse Klassen von Personen u. s. w. durch positive Einrichtungen oder natürliche Verhältnisse gesetzt sind, auf dem allgemeinen Wege der Staatszweck nicht realisirt werden kann, und jene besondere Mittel bestehen darin, daß die Summe der Fundamentalrechte vermehrt, also die Stellung im Staatsorganismus etwas verändert wird.

Die jura singularia, welche nicht auf willkührlicher Bevorrechtung beruhen, sind nun ungezweifelt publici juris, dies läßt sich an den auf ihnen basirten singulairen Rechten in subjectivem Sinne aufs bestimmteste darthun; denn nicht genug, daß Immunitäten gewisser Klassen von Personen, welches doch offenbar singulaire Rechte sind, wiederholt jura publica genannt werden [115]), es lassen sich auch hier die aufgestellten Charaktere der öffentlichen Rechte durchführen:

1. Die singulairen Rechte sind ans Individuum geknüpft; sie stehem jedem Subject zu, welches zu der bevorrechteten Klasse gehört, aber auch nur ihm, denn

2) sie können durch Privatverträge weder übertragen noch aufgegeben werden. Von Uebertragung kann der Natur der Sache nach nicht die Rede seyn, wol aber ließe sich eine vertragsmäßige Entsagung denken, allein auch diese ist ausgeschlossen. Dies ist indessen richtig zu verstehen. Wir müssen hier das Recht an sich und die einzelne Anwendung desselben unterscheiden, denn es ist doch

---

115) l. 36 §. 1 D. de excusat. tut. (27, 1), l. 2 C. de his qui sponte (10, 43).

eine ganz andere Frage, ob ich ein Recht überhaupt aufgeben, und ob ich in dem concreten Fall wo das Recht zur Sprache kommt, unterlassen darf, mich desselben zu bedienen. Nun finden wir, daß die Römischen Juristen sogar zweifelhaft gewesen sind, ob in der einzelnen Anwendung dem jus singulare entsagt werden könne; der durchgreifende Justinian, der überhaupt Vieles in Ansehung des publicum jus geändert hat, wovon schon oben bei den Erbverträgen ein Beispiel vorgekommen ist und unten noch mehrere folgen werden, hat nun freilich für gut gefunden, die Entsagung in Beziehung auf einzelne Anwendungen eines jus singulare zuzulassen, auf den Grund, daß doch Niemand genöthigt seyn könne sich Dessen zu bedienen, was zu seinem Besten eingeführt sey [116]), aber aus jenem Zweifel und aus Justinians Bestimmung selber, so wie auch aus der ganzen Fassung der citirten Stelle, geht meines Erachtens deutlich hervor, daß von einem allgemeinen Aufgeben des singulairen

---

116) l. 29 C. de pactis (2, 3) „Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam, licet antea dubitabatur, si oporteat eandem scripturam tenere: et eum, qui hoc pactus est, non debere adversus suam conventionem venire: vel licentiam ei praestare, discedere quidem ab scriptura, suo autem jure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. Si enim et ipso Praetoris Edicto pacta conventa quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt; quare et in hac causa pacta non valeant? cum alia sit regula juris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt, renunciare, et rel.“ S. auch l. 41 D. deminor (4, 4).

Rechts durchaus nicht die Rede seyn könne. Dazu kommt nun noch, daß es sogar Fälle giebt, wo nicht einmal hinsichtlich der einzelnen Anwendung des singulairen Rechts ein Verzicht gültig ist, nemlich bei dem besonderen Recht der Weiber und filiifamilias aus den SCtis Vellejanum [117]) und Macedonianum [118]).

3) Die singulairen Rechte können auch nicht vererbt werden. Wir müssen hier aber wieder unterscheiden. Die Erben einer Frau oder eines filiusfamilias z. B. erlangen durch diese Erbschaft natürlich niemals das Recht, nun auch nicht aus ihren Bürgschaften und Darlehnen zu haften, wol aber gehen die Klag- und Exceptionsrechte auf die Erben über, welche ein Frauenzimmer oder ein filiusfamilias aus einer übernommenen Bürgschaft oder einem gemachten Darlehn erlangt hatte, denn dies sind Privatrechte.

Uebrigens können auch bei juristischen Personen jura singularia vorkommen, und auch da läßt sich wol die Unterscheidung von privatrechtlichen juribus singularibus und solchen, welche öffentlichen Rechtens sind, machen,

---

117) Rücksichtlich der exceptio SCti Vellejani weiß das ältere Recht von gar keiner eigentlichen Entsagung, erst Justinian hat in ein Paar Fällen Verzicht gestattet, l. 22 C. ad SCt. Vellej. (4, 29), l. ult. C. quando mul. tut. offic. (5, 35) Nov. 61 c. 1, Nov. 94 c. 2, Nov. 118 c. 5.

118) Bekanntlich kann der filiusfamilias erst wenn er sui juris geworden, der exceptio SCt. Macedoniani aus einem contrahirten mutuum entsagen, denn dann existirt ja sein ehemaliges jus singulare nicht mehr, so wie der ganze Grund desselben, und es ist blos das einfache daraus hervorgegangene Exceptionsrecht, welches ein Privatrecht ist, dem er entsagt.

je nachdem sie auf einer willkührlichen Begünstigung beruhen, wie die Vorrechte der piae causae, oder dies nicht der Fall ist, wie beim besonderen Recht der Städtischen Communen und der Zünfte sich Vorsteher zu ernennen, eine Gemeindekasse zu haben und sich Statute zu verfassen [119]).

Kap. 3.

Amtsrechte.

§. 15.

Im jus honorum liegt die rechtliche Möglichkeit ein Amt zu erlangen; indem aber diese Möglichkeit in Wirklichkeit verwandelt wird, werden dadurch eine Anzahl von Befugnissen vom Staat auf mich übertragen, die wir unter der Benennung der Amtsrechte zusammenfassen. Ich nehme aber hier den Begriff des Amts in der weitesten Bedeutung, als Bezeichnung jeder Magistratur, jeder dignitas, jeder potestas, welche jemanden von Staatswegen ertheilt und beigelegt ist; und daher sind hier auch unter Amtsrechten nicht bloß die Befugnisse der eigentlichen magistratus, potestas, imperium, jurisdictio, legis actio, quaestio, jus edicendi, jus intercedendi, jus vocandi et referendi, jus auspicandi u. s. w. verstanden, sondern auch z. B. die Befugnisse der Senatoren und Ritter als vom Staate ernannter Personen. Der am meisten entsprechende Römische

119) l. 1. §. 1 D. quod cujusque univers. nom. (3, 4) l. 4 D. de coll. et corp. illic. (47, 22)

Ausdruck dafür ist potestas. Dies Wort wird zwar bald weiter bald enger gebraucht, aber in juristischer Bedeutung liegt ihm durchaus immer der Begriff einer vom Staate und zwar durchs jus publicum ertheilten Gewalt oder Befugniß zu Grunde, und so kommt es in einigen Stellen als die generelle Bezeichnung für alle dergleichen Befugnisse, in andern als besondere Benennung für einzelne Gewaltszweige dieser Art vor [120]), und es ist in der That eine reine petitio principii, wenn man behauptet, die potestas des paterfamilias über seine Kinder, des Herrn über seine Sclaven und des tutor über den Pupillen sey ganz anderer Natur, nemlich privatrechtlich. Auch mit dieser potestas verknüpfen die Römer die Idee einer vom jus publicum ertheilten Gewalt, was aber erst unten erörtert werden kann, da allerdings mehrere Stellen entgegenzustehen scheinen [121]).

Auf jeden Fall sind nun aber die Befugnisse Derer, welche eigentliche magistratus honores, sacerdotia, dignitates, überhaupt munera publica im Staate bekleiden, öffentliche Rechte. Es leuchtet ein, daß man diese Rechte nicht um seinetwillen, sondern reipublicae causa habe, auch heißt es ja so recht vorzugsweise: „Publicum jus in sacris, in sacerdotibus et magistratibus consistit“ [122]). Der beste Prüfstein bleiben aber unsere oben aufgestellten Merkmale der öffentlichen Rechte, die hier vollkommen zutreffen.

---

120) Brissonius voc: „Potestas“ liefert dafür zahlreiche Belege.

121) l. 13 §. 5, l. 14 pr D. ad SCt. Trebell. (36, 1) l. 9 D. de his qui sui vel al. jur. (1, 6) l. 77 l. 78 D. de. judiciis (5, 1)

122) l. 1 §. 2 D. de justit. et jure (1, 1) und die Stellen in der vorigen Note.

1) Die Amtsrechte sind ans Individuum geknüpft, denn

2) sie werden niemals vererbt. In der ganzen Römischen Geschichte kommt nichts von erblichen Aemtern und Würden vor. Selbst bei den in späteren Zeiten so gemiedenen Stadtsenaten in den Municipien, zu deren Ergänzung der Despotismus des Kaisers so manche seltsame Mittel ergriff, war doch nie ein Uebergang des Decurionats auf die Erben eingeführt worden, und sogar der Römische Thron war ja nicht erblich [123]).

3) Sie können nicht durch Privatverträge aufgegeben oder übertragen werden. Es steht allerdings in der Regel nach Römischem Recht dem Beamten frei, sein Amt niederzulegen, aber ein Vertrag mit jemanden, daß man sich gegen ihn oder überhaupt nicht seiner Amtsrechte solle bedienen dürfen, wäre das offenbarste pactum contra jus publicum et bonos mores, und die Gestattung eines solchen Vertrags müßte nothwendig zur Auflösung des Staatsorganismus führen. Die Amtsrechte sind ja auch eigentlich nur Ausflüsse und Anwendungen der Rechte des Staats, deren Ausübung dem Beamten übertragen ist, von den Rechten des Staats darf aber kein Staatsdiener etwas aufgeben [124]). Diese Argumentation wird auch noch dadurch bestätigt, daß es als etwas Besonderes hervorgehoben wird, daß ein magistratus sich unter Umständen der Jurisdiction eines Andern, unter dem er nicht stehe, unterwerfen dürfe [125]). Was aber

---

123) Hugo Rechtsgeschichte §. 368 der 7ten Aufl.

124) l. 37 D. de pactis (2, 14)

125) l. 13 §. 4 D. ad SCt. Trebell. (36, 1) l. 1 D. de judiciis (5, 1) l. 14 de jurisd. (2, 1)

die Uebertragung der Amtsrechte betrifft, so geht die Ungültigkeit einer solchen Uebertragung daraus hervor, daß man nur gewisse Gewaltszweige soll mandiren können [126], und auch wo ein solches Mandat gestattet ist, liegt darin nur eine Uebertragung der Ausübung, nicht aber des Rechts selber [127]; auch kann dies Mandat jeden Augenblick revocirt werden [128] und überhaupt ist es ja Grundsatz der Römer, daß bei persönlichen Rechten, selbst wenn sie Privatrechte sind, nur die Ausübung Andern gestattet werden könne, wie es bei Personalservituten allgemein bekannt ist, und wie hinsichtlich der Cession von Forderungen und Klagrechten, das mandatum actionum, Mühlenbruch gründlich gezeigt hat [129].

Kap. 4.

Familienrechte.

§. 16.

Die Familienverbindung wird von den Römern als ein integrirender Theil des Staatsorganismus betrachtet. Die Menschen sind zu gegenseitiger Unterstützung und Ergänzung in Staaten, in diesen wieder in Communen,

---

126) l. 1. pr l. 2. §. 1 l. 4 l. 5 § 1. D. de offic. ejus cui mand. est jurisd. (1,21)

127) l. 1 §. 1 l. 2 pr l. 5 pr D. eod. l. 5. l. 6. l. 16 l. 17 D. de jurisd. (2,1)

128) Es fällt auch von selber weg, wenn der Mandans vor Ablauf seines Amts stirbt l. 6 D. eod.

129) Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1817.

civitates, tribus, curiae, gentes u. ſ. w. und in dieſen wieder in Familien vereinigt. Die materielle Grnndlage und Baſis der letzteren iſt juris naturalis; die Natur ſelber hat durch Inſtinkt, Trieb und Bedürfniß und durch das eingepflanzte Gefühl einer gewiſſen phyſiſchen Einheit, die Bande des Geſchlechts und des Blutes geknüpft und das Erziehungsverhältniß zwiſchen Eltern und Kindern gegründet. Inſoferne beruhen die weſentlichen Familienverhältniſſe auf der thieriſchen Natur der Menſchen, ſind dieſen mit den Thieren gemein [130]). Allein bei vernünftigen und ſittlichen Weſen können dieſe Verhältniſſe nicht wie bei den Thieren ſich ſelber überlaſſen bleiben, ſondern bedürfen einer rechtlichen Form, einer poſitiven Conſtruction; es muß jedem in einem gewiſſen Grade der Platz und die rechtliche Bedeutung, welche er als Staatsbürger in dieſen engeren Kreiſen einnehmen ſoll, angewieſen werden, und dieſe Beſtimmung bildet einen Theil des jus publicum. Dieſer Theil des jus publicum iſt nun im Römiſchen Recht höchſt eigenthümlich ausgefallen; indeſſen finde ich dieſe Eigenthümlichkeit nicht gerade in der väterlichen Gewalt und der ſtrengen manus mariti, denn bevor ſich die Staatsverbindung recht ausgebildet hat, führt das Bedürfniß ſehr leicht und natürlich auf eine patriarchaliſche Organiſation der Familie, die wir auch durch alle Theile des Römiſchen Staats nachgeahmt finden; denn ſo ſtand an der Spitze jeder Curie, jeder Tribus, jeder Prieſterzunft, ein Curio, ein Tribunus oder irgend ein Oberprieſter, und an der Spitze des Ganzen ein König; ja ſogar in den Rö-

---

130) l. 1 §. 3 D. de just. et jur. (1,1) pr. J. de jur. n. g. et c. (1, 2)

mischen Magistraturen ward bis in die späte Kaiserzeit das monarchische Princip festgehalten, indem jeder magistratus allein und ohne beigeordnetes Collegium als Gebieter innerhalb der Sphäre seines Amtes hingestellt war. Selbst die Consuln verwalteten ja eigentlich nicht ihr Amt gemeinschaftlich, und wenn wir auch gerade in Beziehung auf die höchste Staatsregierung eine mitberathende Versammlung, den Senat finden, so ist selbst dies etwas der Römischen Familienverbindung nicht durchaus Fremdes, denn auch in dieser kommt ein Familienrath als ein uraltes Institut, das dem Romulus beigelegt wird, vor [131]). Was mir eigentlich als das wahrhaft Eigenthümliche der Römischen Construktion der Familienverhältnisse erscheint, ist daß die einfachen von der Natur selber geknüpften Verbindungen im ältern Recht fast ganz in den Hintergrund gestellt werden, höchstens noch einen negativen Einfluß als Ehehindernisse haben, und daß dagegen lauter wesentlich nur bürgerliche und auch auf rein juristischem Wege erzeugbare Verbindungen an die Stelle gesetzt sind, wie Agnation, Patronat und das Familienverhältniß zwischen dem Herrn und seinen Sklaven, und insofern hat auch die väterliche Gewalt und die manus mariti etwas sehr Merkwürdiges, indem auch hier das Juristische gänzlich über das natürliche Erziehungs- und Geschlechtsverhältniß prädominirt, so daß letzteres eigentlich Nebensache geworden ist; aus dem Ehemann und Vater ist gewissermaaßen ein Staatsbeamte gemacht, der mit unbegrenzter Gewalt über eine Anzahl ihm untergebener Personen gebietet. Eine zweite

---

131) Dion. Hal. II p. m. 52 Tacit. Ann. XIII. c. 32 Sueton. in Tiber. c. 35. Plin. H N: XIV. c. 13.

große Singularität des Römischen Familienrechts ist, daß mehrere sich auf die Familienverbindung beziehende Vermögensrechte wegen dieser Beziehung als juris publici gelten, und daher auch die Charaktere der öffentlichen Rechte auf sie anzuwenden sind. Dies gilt namentlich von den Dotalverhältnissen und der Herrschaft des paterfamilias über das Familienvermögen.

Eine Bemerkung, die ich hier noch anschließen muß, weil in der Folge mehreres darauf gebaut werden kann, ist die, daß einige Familienverhältnisse wesentlich auch das jus commercii voraussetzen, einige auch ohne dieses existiren können.

§. 17.

I. Ehe rechte.

Wir haben hier bloß das persönliche Verhältniß der Eheleute zu betrachten, indem die sich auf das Vermögen beziehenden Rechte in eine andere Kathegorie fallen. Was nun dieses persönliche Verhältniß betrifft, so müssen wir das innere Wesen der Ehe, und die äussere Stellung der Eheleute in der bürgerlichen Gesellschaft unterscheiden. Aus den beiden Römischen, auch ins Canonische Recht übergegangenen [132]) Definitionen der Ehe: „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens“ [133]) und „Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio“ [134]) geht deutlich hervor, daß die Römer als

---

132) can. 3 Caus. 27 quaest. 2.

133) §. 1 J. de patria pot. (1, 9)

134) l. 1 D. de ritu nupt. (32, 2).

das eigentliche innere Wesen der Ehe eine innige geistige Vereinigung von Mann und Weib gewissermaaßen zu einer Person, zu einer gänzlichen Verschmelzung und Gemeinsamkeit ihrer Schicksale betrachteten, wobei jedoch nicht an Unauflößlichkeit gedacht war, denn nichts ist leichter trennbar, als die Ehe nach Römischen Recht. Es scheint, daß die Römer von der Ansicht ausgegangen sind, daß, da doch jede Ehe wenigstens durch den Tod aufgehoben werde, die Dauer nicht zum Wesen derselben gehören könne, gerade wie bei der Societät. Jene Definitionen sind daher nur auf das gerichtet, was existiren soll so lange die Ehe dauert, und da wird es allerdings als die Aufgabe der Eheleute angesehen, sich in einer ungetrennten Gemeinschaft ihrer Existenz und ihrer Schicksale zu denken. Eine solche innige Vereinigung kann nun aber nur auf der Gesinnung und dem freien Willen beruhen, nicht durch Rechtsvorschriften erzwungen werden; daher findet sich auch fast gar nichts über die Pflichten der Eheleute gegen einander im Römischen Recht, als allenfalls die unbedeutende Bestimmung, daß die Frau dem Manne Ehrfurcht schuldig sey und seinem Wohnort folgen müsse [135]); denn die Römer sahen wol ein, daß es unvernünftig sey zu sagen: dies und dies und dies sollt ihr nöthigenfalls gerichtlich von einander erzwingen können, und wenn das nur geschieht, so werdet ihr schon seyn, wie ein Leib und eine Seele; wodurch indessen keineswegs Bestrafung von Verletzungen des ehelichen Verhältnisses ausgeschlossen ist, wenn bei bestehender Verbindung etwas geschieht, was mit jener innigen Vereinigung in Widerstreit steht.

Indem nun das innere Wesen der Ehe etwas rein dem Gemüth und der Gesinnung Ueberlassenes ist und nach

---

135) S. Mackeldey's Lehrbuch §. 233 u. 34 der 3ten Aufl.

richtiger Betrachtung seyn muß, so kann die äussere Rechtsform derselben, die Stellung der Eheleute zu einander in der bürgerlichen Gesellschaft dabei sehr verschieden seyn, und das Römische Recht hat hier die Aufgabe: der Ehe eine positive Construktion zu geben, auf eine doppelte Weise gelöst, ohne daß darum gegen den Grundsatz, daß sich das eheliche Verhältniß durchaus nicht auf eine Anzahl bestimmter Rechtspflichten zurückführen lasse, im Geringsten verstoßen wäre.

Die erste Rechtsform der Ehe finden wir in der in manum conventio. Hier ist alles Recht in die Hand des Mannes gelegt, dieser hat alle Befugnisse über seine Frau, wie über seine Sklaven und filiifamilias, kann sie tödten, verkaufen, verstoßen, mißhandeln u. s. w. und sie muß sich alles gefallen lassen. Auf diese Weise ist hier die gesetzliche Bestimmung der ehelichen Pflichten vermieden, denn für den Mann ist einzig und allein sein Wille Gesetz, und er selber ist Richter darüber, in wie fern er seinen Ansprüchen Genüge geleistet findet, und kann seinen Willen auf jede ihm beliebige Weise in Kraft setzen, die Frau aber hat gar kein Recht. Gegen Dritte kann die Frau zwar in demselben Maaße berechtigt seyn, wie filiifamilias [136]), aber gegen den Mann so wenig als jene gegen ihren Vater [137]), und es ist also auch keine Bestimmung ihrer Rechte nöthig.

---

136) l. 3 §. 4 D. commod. (13, 6) l. 19 D. depositi (16, 3) l. 13 §. 1 l. 19 D. quod vi aut clam (43, 24) l. 9 D. de O. et A. (44, 7) l. 5 §. 6 l. 7 §. 10 l. 10 §. 8 D. de injur. (47, 10).

137) Seitdem die filiifamilias eine klagbare Forderung auf Alimentation erhalten hatten, stand auch unstreitig der uxor in manu gleiches Recht zu.

Die zweite Rechtsform finden wir in der freien Ehe, anfangs wol ein gesetzloses, bloß auf der maritalis affectio, der ehelichen Gesinnung beruhendes Verhältniß, von dem es recht eigentlich galt: „consensus nuptias facit, (denn auf die in manum conventio, welche bestimmte Formen der Eingehung, oder Dauer in einer gewissen Zeit voraussetzte, kann jener Satz nicht gehen), später aber durch allerlei Vorschriften zu einem wahren Rechtsinstitut erhoben, und namentlich von den Kaisern durch mehrere Bestimmungen über gegenseitige Pflichten etwas in ihrer Freiheit beschränkt. Abgesehen von diesen untergeordneten Modificationen ist aber die Grundidee der freien Ehe, daß nicht die Frau dem Manne unterworfen wird, sondern daß beide Theile sich mit gleicher Unabhängigkeit gegenüber stehen. Keiner kann von dem andern im Wesentlichen rechtlich etwas fordern, sondern ist auf das beschränkt; was diesen sein freier Wille und seine maritalis affectio zu leisten antreibt, aber jedem Theil steht auch, wenn er sich dadurch nicht befriedigt findet, als Rechtsmittel um sich zu helfen, das Recht der freien Scheidung zu, ein Recht, das deshalb nicht als ein bloßes nothwendiges Uebel, sondern als etwas aus dem Wesen dieser Ehe selber Hervorgehendes betrachtet wird [138].

---

138) l. 2 C. de inutil. stip. (8, 39 Daß die christlichen Kaiser aus christlichen Rücksichten Strafen auf die leichtsinnige, grundlose Scheidung setzten, steht mir hier natürlich nicht entgegen und auch sie verbothen ja doch nicht, sich ohne Grund zu scheiden, wenn man sich jenen Strafen unterziehen wollte; man vergleiche nur sämmtliche Verordnungen über diesen Punkt, die ich zu diesem Zweck in chronologischer Ordnung hersetzen will: l. 1 C. Th. de repudiis (3, 16) v. J. 331; l. 2 C. Th. eod. v. J. 421;

Die manus mariti bei der in manum conventio, in ihrem Inhalte und Wesen eins mit der potestas patria und dominica, und das Recht der freien Scheidung bei der freien Ehe, sind daher die alleinigen wesentlichen Ehe-rechte, welche wir zu betrachten haben, und daß nun beide Rechte wirklich juris publici sind, läßt sich aufs strengste beweisen. Die Individualität der Subjecte dieser Rechte springt in die Augen. Zwar kann auch der paterfamilias eines Ehegatten die Scheidung verlangen, aber dies werden wir unten in verschiedenen Fällen finden, daß ein öffentliches Recht, mehreren Individuen nebeneinander und zwar jedem selbstständig, nicht als zusammen eine juristische Person bildend, ertheilt ist, wo dann aber auch keines dieser mehreren Individuen sein Recht vererben oder aufgeben kann. Daß die persönlichen Rechte der Ehegatten nicht auf die Erben übergehen, ist zu bekannt, um hier noch eines Beweises zu bedürfen, vom Uebertragen dieser Rechte ist eben so wenig die Rede, nirgends kommt selbst bei der in manum conventio etwas davon vor, daß der Mann seine Frau hätte wieder verhei-

---

Nov. Theod. II tit. 18 oder im Jus civ. Antej. Nov. Antej. lib I. tit. 12 v. J. 439; l. 8 C. de repud. (5, 17) v. J. 449; l. 10 C. eod v. J. 528; ll. 11 C. eod. vom selben Jahr; Nov. 22 c. 4. — 7, 9, 14 — 18 v. J. 53 Nov. 117 c. 8. — 13 v. J. 541; Nov. 134 c. 11 vom selben Jahr; Nov. 127 c. 4 o. J. 548; Nov. 140 von Justin. II. Diese indirecte Beschränkung der Scheidungsfreiheit war es indeß wol welche veranlaßte, daß in den kaiserlichen Constitutionem mehrere ehelichen Pflichten vorgeschrieben wurden, so wie die spätere Aufhebung der Scheidungsfreiheit in der christlichen Kirche ansführliche Bestimmungen über die gegenseitigen Leistungen der Eheleute im Canonischen Recht zur Folge hatte.

rathen dürfen, und was endlich das vertragsmäßige Aufgeben dieser Rechte betrifft, so wissen wir vom freien Scheidungsrecht aus einer klaren Stelle, daß demselben nicht entsagt werden könne [139]); Gleiches wird uns von dem subordinirten Rechte des Mannes auf Ehrfurcht gesagt [140]) und von der manus mariti soll unten dasselbe gezeigt werden, hier wird es nemlich zweckmäßiger seyn, um Wiederholungen zu vermeiden, diesen Beweis bis weiter auszusetzen.

§. 11.

II. Verwandtschaftsrechte.

1. Jus Cognationis. Im natürlichen buchstäblichen Sinn genommen, kann es keinen Menschen geben, der keine Blutsverwandte, cognatos hätte, indessen giebt es mehrere Fälle, wo das Römische Recht die Blutsverwandtschaft juristisch gänzlich ignorirt oder vernichtet. Dies ist der Fall bei Freigelassenen in Beziehung auf ihre natürlichen Eltern und Geschwister, welche selbst, wenn auch sie freigelassen worden sind, oder von jeher frei waren, doch nicht als Verwandte von jenen gelten [141]), und eben so bei unehelichen Kindern, die mit we-

---

139) l. 2 C. de inutil. stip. (8, 39) „Libera matrimonia esse, antiquitus placuit: ideoque *pacta ne liceret divertere non valere;* et stipulationes, quibus poenae irrogarentur ei qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat. S. auch l. 19 D. de V. O. (54, 1)

140) l. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3)

141) l. 10 §. 5 D. de grad. et affin. (38, 10) l. 1 §. 2 l. 7 D. unde cognati (38, 8) l. 8 l. 14 §. 2 u. 4 D. de ritu nupt. (23, 2) l. 46 D. de adopt. (1, 7) §. 10 J. de grad. cognat. (3, 5) Theophil. ad h. l.

nigen untergeordneten Ausnahmen [142]) gar nicht als Verwandte ihres Vaters und der bloß durch diesen mit ihnen zusammenhängenden Geschwister und sonstigen Verwandten betrachtet werden [143]).

Das Jus cognationis wird nun freilich im Römischen Recht selber in einer Stelle bloß als das juristisch anerkannte Band der Blutsverwandtschaft definirt, wenn es heißt: „Nonnunquam *jus* etiam pro necessitudine dicimus: veluti est mihi *jus cognationis* vel affinitatis" [144]), auch kam wirklich in älterer Zeit die bloße Cognation nicht als ein Recht, sondern höchstens als ein rechtliches Hinderniß, nämlich bei der Ehe, in Betracht, hingegen im spätern Römischen Recht ist das jus cognationis so gut ein Recht geworden, als das jus connubii et commercii, denn so wie diese Rechte wesentlich nur die Grundbedingung zu andern enthalten, so enthält auch das jus cognationis in einem gewissen Umfange die Grundbedingung des Rechts auf Dotation und Alimentation, auf Intestaterbfolge und Tutela legitima. Zwar kann auch der Nichtcognat zu allen diesen Rechten gelangen, aber ihm ist doch ein Weg dazu verschlossen, welcher dem Blutsverwandten offen steht.

2) Jus Agnationis. Daß hier die Grenze des Verwandtschaftskreises enger gezogen ist als beim jus cognationis, und daß hier das Verwandtschaftsband auch auf rein juristischem Wege, durch Adoption entstehen

---

142) l. 14 §. 3. l. 54 D. de ritu nupt (24, 2)

143) §. 12 J. de nupt (1. 10) §. 4 J. de success. agnator. (3, 5) Selbst also in der Cognation ist nicht rein das Natürliche anerkannt, sondern auch hier haben juristische Rücksichten eingewirkt.

144) l. 12 D. de just. et jur. (1, 1).

kann, ist für unsern Zweck gleichgültig; uns genügt es, daß das jus agnationis im ältern Recht im Wesentlichen den Platz einnahm, den im neuern Recht das jus cognationis einnimmt, nämlich als Grundbedingung und rechtliche Möglichkeit für den Erwerb gewisser Rechte, die der Nichtagnat wenigstens auf diesem Wege nicht erwerben konnte, die Successio und Tutela legitima und selbst in gewissem Sinn die patria potestas.

Fragen wir nun nach dem Beweise dafür, daß diese Rechte öffentliche Rechte sind, so ist zuvörderst so viel klar, daß jeder das jus cognationis und agnationis für sein Individuum hat, und es niemals vererbt. In Rücksicht der Veräusserlichkeit müssen wir aber mehrere Fälle sorgfältig unterscheiden. Das jus agnationis kann allerdings mittelbar aufgegeben werden, indem der paterfamilias seinen filiusfamilias emancipirt, in Adoption giebt, oder sonst veräussert. Hier ist aber die Auflösung der Agnation eigentlich Nebenfolge, denn zunächst beziehen sich jene Veräusserungen nur auf die väterliche Gewalt. Unmittelbar kann aber das jus agnationis durchaus nicht vertragsmäßig aufgegeben werden; es heißt ausdrücklich: „*Jus agnationis non posse pacto repudiari*, non magis quam ut quis dicat: nolle suum esse, Juliani sententia est“ [145]). In Hinsicht des jus cognationis, als einer natürlichen Bande des Bluts, kann aber nicht einmal von einem mittelbaren Aufgeben die Rede seyn, und sehr wahr ist daher der Satz: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt“ [146]). Wo freilich die Cognation bloß fingirt ist, wie bei der bloß auf juristischem Wege entstandenen Agnation [147]), da wird

145) l. 34 D. de pactis (2, 14).
146) l. 8 D. de R. J. (50, 17).
147) l. 12 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2).

mit Auflösung dieser Agnation in der Regel [148]) auch diese fingirte Cognation wieder aufgelöst [149]), aber dies kommt als eine bloße Singularität hier natürlich nicht weiter in Betracht [150]).

§. 19.

III. Väterliche Gewalt.

Eigentlich könnte auch die väterliche Gewalt als ein Verwandtschaftsrecht aufgeführt werden, denn sie ist streng genommen nur eine Modification des jus agnationis, da sie nur dann Statt findet, wenn jemand auf natürlichem oder juristischem Wege Nachkommen hat, auf welche das Princip der Agnation Anwendung leidet, wobei es aber merkwürdig ist, daß das Römische Recht die unterworfenen Personen so wenig unter sich als in Verhältniß zum paterfamilias Agnaten nennt, indem dieser Ausdruck immer nur auf Personen, die nicht mehr zusammen in einer potestas stehen, angewandt wird, und selten sogar auf diese, wenn sie Geschwister sind, wo sie gewöhnlich noch als consanguinei unterschieden werden. Der Inbegriff der durch väterliche Gewalt verbundenen Agnaten, um mich hier der Kürze halber dieses Ausdrucks zu bedienen, den paterfamilias mit eingeschlossen [151]), bildet nnn die familia im engsten Sinne, wozu indessen auch die uxor in manu und die Sklaven gehören, sowol die wahren Sklaven als die qui in mancipio sunt, und diese ist, wie oben gezeigt worden, das wahre Subject der Privat-

---

148) Ausnahmen enthalten l. 14 §. 1 l. 55 pr. D. eod.

149) l. 17 l. 55 §. 1 D. eod.

150) Die ganze Fiction existirt auch eigentlich nur als Ehehinderniß, l. 23 D. de adoption, (1, 7).

151) l 196 D. de V. S. (50, 16).

rechte der Staatsbürger. Diese Construktion der familia ist nun ein Theil des inneren Staatsorganismus, also juris publici und daher die dem Familienhaupte beigelegte potestas, welche eine fast unbegrenzte Gewalt über die unterworfenen Familienglieder und die Befugniß der Disposition über das Familienvermögen enthält, ein öffentliches Recht. Bevor ich zum Beweise dieses Satzes gehe, muß ich indessen bemerken, daß dieses Recht in Beziehung auf das Vermögen nicht nothwendig nach Römischer Ansicht in der patria potestas liege. Offenbar nemlich kann dieses Recht nur dem zustehen, der das jus commercii hat, wenn aber peregrinis das jus connubii ertheilt worden, dann sprechen die Römer dem Vater auch die patria potestas zu [152]), nothwendigerweise muß diese sich also in diesem Fall nur auf die Person der filiifamilias erstreckt haben, weil dem peregrinus ja das jus commercii fehlte.

Zwei von den Kennzeichen der öffentlichen Rechte, die Individualität des Subjects und die Unvererblichkeit haben nun bei der väterlichen Gewalt gar kein Bedenken. Beim Tode des Familienhauptes werden zwar die unmittelbaren filiifamilias sui juris und erwerben selbst die potestas über ihre Kinder, aber dies ist doch kein wahrer Erbgang, denn auf andere Erben geht die potestas nicht über, dagegen erwerben die filiifamilias dieselbe auch wenn sie enterbt sind, grade wie wir es unten beim Uebergang des Patronats auf die Sui finden werden. Es ist ein durchs jus publicum bestimmtes Einrücken in ein Amt nach gesetzlichen Regeln. In Rücksicht der Unveräusserlichkeit der väterlichen Gewalt scheint zwar vieles entgegenzustehn, wie schon oben bemerkt worden ist, aber um dies gehörig aufklären zu können, muß erst die Sklaverei erörtert werden, zu der ich daher gleich übergehen will.

152) Gajus I §. 57.

§. 20.

IV. Herrschaft über Sklaven, potestas dominica.

Die Sklaven könnte man nach Römischen Recht mit Fug juristische Amphibien nennen, daher auch das Recht an ihnen ein doppeltes ist. Auf der einen Seite wird der Sklave als ein rechtloser Mensch zur Sache herabgewürdigt, und in so ferne dem Hausthier an die Seite gesetzt [153]), auf der andern Seite wird er aber doch auch wieder als Mensch anerkannt, und dies hat bedeutende rechtliche Folgen. Als Sache nemlich steht der Sklave im Eigenthum, in dominio, und ist Theil des Vermögens, der Familia im Ganzen unterworfen; als Mensch hingegen steht er in potestate und gehört zur Familia selber, steht neben dem filiusfamilias. Dies ist nun zu beweisen. Zuförderst ist nun dies gewiß, daß es in vielen Stellen heißt der Sktave sey in dominio, dagegen wiederum in vielen Stellen, er sey in potestate; diese verschiedenen Ausdrücke kommen zu oft in unsern Quellen vor, als daß es noch nöthig seyn sollte, Beweisstellen dafür anzuführen [154]). Dabei ließe sich aber noch immer denken, daß diese beiden Ausdrücke doch nur verschiedene Bezeichnungen desselben Begriffs wären. Allein dieser Zweifel muß natürlich wegfallen, sobald nachgewiesen werden kann, daß die Sklaven mit zur familia gehören, dies aber läßt sich streng darthun. Ich will zwar nicht entscheiden, ob famulus von familia herkomme, wie Festus behauptet [155]),

---

153) l. 2 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 5 §. 3 D. usufr. quemadm. caveat. (7, 9).

154) Neben einander kommen beide Ausdrücke vor in l. 1 §. 5 und 6 D. de pecul. (15, 1).

155) Festus voc. „Familia.“

oder umgekehrt familia von famulus, wie man daraus schließen könnte, daß in mehreren Stellen gesagt wird: auch liberi, mögen dies nun freie Menschen, oder Kinder seyn, würden unter dem Ausdruck familia mitbegriffen [156]), auch will ich nicht darauf bauen, daß nichts öfter von den Römern familia genannt wird, als die zusammen unter einem Herrn stehenden Sklaven; denn dagegen ließe sich wiederum anführen, daß doch auch zuweilen die Sklaven verschiedener Herren als familia zusammengefaßt werden [157]), daß auch das Vermögen häufig familia heißt [158]), ja sogar ein Haufen Soldaten [159]), und daß endlich die eigentlichen Stammglieder der familia im engsten Sinne die libera capita, paterfamilias, materfamilias und filiifamilias den characteristischen Beisatz „*familias*" führen [160]), der bei den Sklaven nicht vorkommt; die Sache ist dennoch gewiß.

---

156) l. 40 §. 2 D. de V. S. (50, 16), l. 25 §. 1 D. de Aedilit. edicto (21, 1).

157) l. 1 §. 15 D. ad SCt. Silan. (29, 5)

158) Ulp Fragm. XX §. 9, XXVIII §. 6. l. 14 §. ult. l. 16 D. ad SCt.. Trebell. (36, 1) l. 195 §. 1 D. de V. S. (50, 16) l. 3 C. eod (6, 38)

159) Jac. Gothofredus ad leg. 17 C. Th. de eroganda militum annona.

160) l. 195. §. 2 D. de V. S. (50, 16) l. 4 D. de his qui sui vel al. jur. (1, 6). Es ist bekannt, daß der Ausdruck materfamilias nur nach neuerem Sprachgebrauche jede femina sui juris bezeichne, in seiner alten und eigentlichen Bedeutung aber eine ausschließliche Benennung der uxores in manu war: Cicero Topica c. 4 Quintilianus Inst. orat. V. c. 10 Gellius N. A. XVIII c. 6 Servius ad Virgil. Aeneid. lib. IX Isidor. Orig VIII. c. 5 Noch näher bestimmt Festus voce „Materfamilias" den als

Es ist eine leicht erklärliche Erscheinung in den früheren, kräftigeren und freieren Zeiten der Völker, daß der freie Mann sich nicht zu dauerndem Dienstverhältniß verdingt. Daher ist jede Verbindung, die ja auch eben zu gegenseitigem Beistande eingegangen worden, auf sich selbst gewiesen, muß sich selber durch ihre Mitglieder helfen, und diese sind eben darum für das Beste des Allgemeinen zu wirken verpflichtet. Diese Idee finden wir durch den ganzen Römischen Staat durchgeführt. Darum mußte in früheren Zeiten der Bürger ohne Lohn und Entschädigung Kriegsdienste leisten; darum mußten alle Aemter und munera im Staate umsonst von den Bürgern übernommen und verwaltet werden, und darum ward sogar aller öffentliche Unterricht wobei der Staat interessirt war, wie der Rechtsunterricht, unentgeltlich ertheilt, während hingegen die Medicin als nur ad singulorum utilitatem pertinens den artes illiberales beigezählt und für Lohn geübt und gelehrt werden durfte. Aehnlich war es in den universitatibus, den civitatibus, corporibus, collegiis u. s. w.; auch hier war die unentgeltliche Uebernahme und Leistung aller die Verbindung betreffenden

---

tern Sprachgebrauch. Nach ihm ward nur die uxor in manu des paterfamilias, nicht auch die eines filiusfamilias mit dem Namen materfamlias belegt, und auch dies nur wenn sie Kinder hatte, und noch wirklich in manu stand, nicht als Wittwe. Vielleicht könnte sogar ursprünglich auch nur der Mann paterfamilias genannt worden seyn, welcher wirklich Haupt einer familia von freien Personen war, nicht jeder homo sui juris. Festus a. a. O. scheint darauf anzuspielen, und in der Bestimmung der 12 Tafeln über die Testamentsfreiheit ist ja der Ausdruck paterfamilias unächt, wie Erb gezeigt hat in Hugo's Civ. Mag. Band 4 No. 15.

honores und munera eine allgemeine Pflicht sämmtlicher Mitglieder, und dieselbe Ansicht finden wir endlich auch in dem kleinen Familienstaate festgehalten, wo wegen der besonders engen Verbindung die Glieder alles zu leisten verpflichtet waren, was der Monarch der kleinen respublica, der paterfamilias von ihnen verlangen mochte, alle Arbeiten, Dienstverrichtungen u. s. w. Hier bei der Familie mußte es aber am häufigsten vorkommen, daß die Verbindung nicht im Stande war, bloß durch ihre eigentlichen Glieder alle ihre Zwecke zu erreichen und ihre Bedürfnisse zu befriedigen. Da nun diesem Mangel nicht durch dauernde Dienstmiethen abzuhelfen war, so blieb nichts anders übrig, als die Familie zu erweitern und Mitglieder hineinzuziehen, die eigentlich nicht hinein gehörten, und denen daher nur Antheil an den Pflichten, aber nicht an den Rechten der ursprünglichen Glieder angewiesen ward, ein Unterschied der Sklaven von den filiisfamilias, der freilich erst beim Austritt aus der Gewalt des paterfamilias recht sichtbar hervortrat, aber doch den eigentlichen Grund enthielt, weshalb die Sklaven auch den Sachen beigezählt wurden.

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Construktion des Verhältnisses der Sklaven, wird nun durch viele triftige Gründe zur Gewißheit erhoben; denn 1) wird auf gleiche Weise von Sklaven und filiisfamilias gesagt: sie stünden in potestate, und sie werden in dieser Beziehung recht absichtlich neben einander gestellt [161]). Wäre nun diese potestas nichts anderes als das dominium in servis, so müßte es doch natürlich auffallen, warum nicht auch

---

161) Gajus I. §. 49, 52, 55; pr. §. 1 J. de his qui sui vel al. jur. (1, 8) pr. J. de pat. pot. (1, 9), l. 1 l. 3 D. de his qui sunt sui vel. al. jur. (1, 6).

in Beziehung auf filiifamilias der Ausdruck dominium angewandt wird, was ich aber nirgends gefunden habe, und sollte sich auch irgend eine einzelne Stelle dafür auftreiben lassen, so könnte man dies gewiß unbedenklich für eine Irregularität erklären. 2) Auch die Zusammenstellung der potestas mit der manus mariti und dem mancipium [162], welche beide kein dominium enthielten [163], spricht dafür, daß auch bei der potestas nicht an Eigenthum zu denken sey. 3) Eben darauf deutet auch die Erklärung der potestas über Sklaven, denn diese wird in das Recht über Leben und Tod, und in das Recht durch den Sklaven zu erwerben gesetzt [164], nicht aber in die Befugniß zu veräussern und zu gebrauchen, was so recht den wesentlichen Inhalt des privatrechtlichen Eigenthums ausmacht. 4) Der paterfamilias war auf gleiche Weise Patron des servus manumissus und des filiusfamilias emancipatus; es war dies eine Fortsetzung des Familienverhältnisses. 5) Der Sklave erwarb in gleichem Grade mit dem filiusfamilias Privatrechte für die Familie, oder wie es gewöhnlich ausgedrückt wird, für das Haupt derselben, den paterfamilias, und endlich 6) er verpflichtete die Familie oder ihr Haupt in gleichem Grade wie der filiusfamilias durch seine Rechtsgeschäfte und durch seine Delicte. Dieser letz-

---

162) Gajus I. §. 49.

163) Diejenigen qui in mancipio erant, standen zwar vielleicht auch im Eigenthum, aber das mancipium drückte ihr Verhältniß in der familia ihres Herrn aus, welches etwas anders war, als das der homines in potestate, man sehe z. B. Gajus I. §. 138 — 141.

164) Gajus I §. 52; §. 1 J. de his qui sui vel al. jur. (1, 8), l. 1 §. 1 D. eod. (1, 6).

tere Punkt ist besonders entscheidend. Bei den reinen Sachen ist durchaus von keiner actio quod jussu, de peculio, tributoria und de in rem verso die Rede, aber der Sklave steht hier dem filiusfamilias gänzlich gleich. Was die Rechtsverletzungen betrifft, so haftet bekanntlich A für den durch eigentliche Sachen angerichteten Schaden, wenn sie a leblos sind, der Eigenthümer gar nicht, es müßte denn cautio damni infecti geleistet seyn, was aber doch nur bei unbeweglichen Sachen vorkommen kann [165]), b wenn sie aber Thiere sind, nur so ferne dieselben contra naturam sui generis eine pauperies angerichtet haben [166]), oder wenn man gefährliche Thiere nicht gehörig in Verwahrsam gehalten hat [167]). B hingegen bei Sklaven gestattet das Römische Recht nicht mehr und nicht weniger als bei filiisfamilias wegen aller Delicte gegen den Herrn auf Entschädigung oder noxae datio zu klagen [168]); denn daß Justinian hier die Gleichheit durch das Verbot, die filiifamilias no-

---

165) l. 6 D. de damno infecto (39, 2).

166) Tit. J. si quadr. pauper. fec. dic. (4, 9) Tit. D. eod. (9, 1)

Beiläufig erlaube ich mir zu bemerken, daß die Römer mir den Begriff des damnum contra naturam sui generis darin gesetzt zu haben scheinen, daß die Handlung eine solche ist, welche die Gattung von Thieren, von der gerade die Rede ist, schon aus bloßem Instinkt zu unterlassen pflegt, hingegen den Begriff des damnum secundum naturam sui generis darin, daß das Thier zur Unterlassung der schadenden Handlung menschliche Begriffe von Eigenthum und Verbotenseyn hätte haben müssen.

167) §. 1 J. eod. l. 40 — 42 D. de Aedilit. edict. (21, 1).

168) Gajus IV. §. 75 — 81 Tit. J. de noxal. act. (4, 8), Tit. D. eod. (9, 4).

xae zu geben gestört hat [169]), kommt natürlich als eine späte Neuerung hier nicht weiter in Betracht. Bei den servis publicis, den Sklaven des Staats und anderer juristischer Personen, kann zwar das Gehören derselben zur Verbindung, wegen der fehlenden Parallele mit den filiisfamilias, nicht so hervortreten, indessen ist hier in Rücksicht der potestas über die Person der Sklaven, des Erwerbs und des Verpflichtetwerdens durch dieselben, und endlich in Hinsicht des Patronats, Alles eben so wie bei den Sklaven der Familien, und dagegen ist hier noch die Mitgliedschaft der servi publici in der Verbindung ihrer Herrn, durch das ihnen ertheilte partielle jus commercii oder testamentifactionis [170]), auf eine besondere Weise vermittelt.

§. 21.

Nach dem was sich aus der bisherigen Untersuchung ergeben hat, darf ich wol hoffen, daß man es keine frivole und grundlose Hypothese nennen werde, wenn ich die potestas über Sklaven für ein ganz anderes Recht halte, als das Eigenthum an ihnen; wol aber muß ich erwarten, daß man frägt, wozu denn eigentlich diese so weitläuftig ausgeführte Unterscheidung dienen soll. Die Antwort liegt ziemlich nahe. Das Eigenthum an den Sklaven ist ein Privatrecht und mithin der Vererbung und Veräusserung fähig. Hingegen die potestas ist hier so wie manus und mancipium ein Familienrecht, es ist die durch die Organisation der Familie bestimmte Herrschaft des Familienhauptes über die untergeordneten Glieder, worauf auch

---

169) §. 7 J. eod.

170) Ulp. Fragm. XX. §. 16 „„Servus publicus populi Romani patris dimidiae testamenti faciendi habet jus.“

die schon vorhin erwähnte Erklärung der potestas hinweist, die ganz auffallend mit dem übereinstimmt, was vorzugsweise die potestas der magistratus genannt wird, denn so wie jene in das jus vitae et necis gesetzt wird [171]), so heißt es von dieser: „Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *Potestas* appellatur“ [172]). Die Organisation der Familienverbindung ist aber nichts als ein Theil des Staatsorganismus, und daher ist jene potestas ein publicum jus.

Gegen diesen so paradox scheinenden Satz wird man mir nun ohne Zweifel, meiner eignen Theorie gemäß, die Vererblichkeit und Veräusserlichkeit der Sklaven und das Recht des paterfamilias, seine uxor in manu und seine filiifamilias zu verkaufen, zu emancipiren, noxae zu geben u. s. w. entgegenhalten; indessen kann ich mich dadurch nicht schrecken lassen, und hoffe auch, daß die folgende Ausführung den Vorwurf der Hartnäckigkeit von mir entfernt halten soll.

Wir müssen davon ausgehen, das zum Theil schon Erwiesene, zum Theil noch zu Erweisende, als gewiß vorauszusetzen; es fand also nach Römischer Ansicht ein doppeltes Recht an den Sklaven Statt: 1) Eigenthum, 2) Potestas mit der Unterart mancipium. Diese beiden Rechte enthalten aber ganz widersprechende Charaktere, indem jenes als Privatrecht vererblich und veräusserlich, dieses hingegen als öffentliches Recht von gerade entgegengesetzter Natur ist. Es blieb daher in der Anwendung dieser widersprechenden Rechte auf einen und denselben Gegen-

---

171) Siehe oben die Stellen in Note 164 und l. 10 C. de patria potest. (8, 47).

172) l. 3. D. de jurisdictione (2, 1).

stand nichts übrig, als einem in der Collision das Uebergewicht über das andere zu geben, und demgemäß finden wir auch, daß in einer Beziehung dem öffentlichen Rechte, in anderer Beziehung dem Privatrechte der Vorzug ertheilt sey:

1) Im Eigenthum liegt das jus dereliquendi, allein der potestas als einem öffentlichen Rechte ist ein solches fremd, daher auch bei der patria potestas von gar keiner Dereliktion als wirklicher Aufhebungsart die Rede ist [173]). Hier haben nun die Römer das publicum jus vorherrschen lassen, und daher auch keine Derelictiou der Herrschaft über Sklaven gestattet. Nur bei der Derelictiou eines wegen Alter oder Krankheit hülfsbedürftigen Sklaven ist die Folge, daß man zur Strafe seine Herrschaft über ihn verliert, nach der Bestimmung des Kaiser Claudius [174]), aber eben diese Ausnahme beweist, worauf auch ausdrücklich hingedeutet wird [175]), das sonst die Derelictiou unwirksam sey, denn die Manumission wird doch unstreitig nie-

---

173) l. 6 C. de patria potestate (8, 47), l. 3 C. de emancipat. (8, 49). Sogar eine eigentliche Verstoßung hebt die väterliche Gewalt nicht auf, l. 9 C. de patria potest., höchstens kann eine gerechte Verstoßung von der Alimentationspflicht befreien, l. 5 §. 11 D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3) und die Aussetzung der Kinder hat bekanntlich nur im neueren Recht, wo dieselbe verboten worden, den Erfolg, daß man zur Strafe alles Recht an dem ausgesetzten Kinde verliert; l. 2 C. de infant. expos. (8, 52), Nov. 153 c. 1.

174) l. 2 D qui sine manumiss. (40, 8), l. un. §. 3 C. de Latin. libert. toll. (7, 6) Suidas in Claudio.

175) l. 2 D. cit. „Servo quem pro derelicto dominus *ob gravem infirmitatem* habuit, ex Edicto Divi Claudii competit libertas.“

mand für eine eigentliche Dereliction erklären. Ich glaube zwar allerdings, daß das jus manumittendi aus der Idee daß man doch sein Eigenthum müsse aufgeben können, hervorgegangen sey, und daher wird es auch als eine privatrechtliche Befugniß behandelt, der man entsagen kann [176]), indessen hat hier das publicum jus, die potestas veranlaßt, daß dasselbe Princip hier befolgt worden ist, welches wir bei der patria potestas angewandt finden, daß nemlich „non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni, vel casu liberantur, et rel.“ [177]). Bei der ältesten Art der Freilassung der manumissio vindicta, ging man ja sogar so weit, durch einen simulirten Rechtsstreit zu fingiren, der zu Manumittirende sey wirklich ein freier Mensch und nur irriger und unrechtmäßiger Weise in statu servitutis; so fest hielt man den Grundsatz, daß ein öffentliches Recht nicht aufgegeben werden könne.

2) Eigenthum kann veräussert und vererbt werden, die potestas dagegen ihrer Natur nach nicht; allein hier haben die Römer aus leicht erklärlichen Gründen dem Privatrechte das Uebergewicht ertheilt. Die potestas folgt also bei Veräusserung des Eigenthums mit, und der alienirte und vererbte Sklave tritt wieder in die familia seines neuen Herrn ein; auf diese Weise ist hier mittelbar ein öffentliches Recht veräusserlich geworden, und dies ist

---

176) l. 9 D. de manumiss. (40, 1), l. 9 §. 2 D. qui et a quibus manumiss. (40, 9). Die anscheinend widersprechende l. 6 pr. D. de serv. export. (18, 7) bezieht sich nur auf die Stipulirung einer Conventionalstrafe.

177) l. 3 C. de emaucipat. (8, 49). Siehe auch l. 8 pr. D. de his qui sui vel. al jur. (1, 6).

es, was juristische Corruption in das ganze Familienverhältniß gebracht hat.

Jetzt läßt sich der oben ausgesetzte Beweis für die Unveräusserlichkeit der väterlicheu Gewalt durch Privatverträge vollständig nachtragen. Ich befasse aber hier unter der väterlichen Gewalt zugleich die manus mariti mit, die ja wesentlich dasselbe war als jene, nur in drei Punkten von derselben verschieden, nämlich daß der Mann das jus thori hatte, daß er seine Frau nicht wieder verheirathen durfte, und daß er ihr dagegen in seinem Testament die Befugniß sich einen tutor zu wählen vermachen konnte. In sehr bestimmten und klaren Stellen ist nun mit dürren Worten ausgesprochen, daß man der väterlichen Gewalt nicht schlechthin entsagen, oder sie ohne Weiteres auf Andere übertragen könne:

1) „Abdicatio, quae Graeco more ad alienandos liberos usurpabatur, ἀποκήρυξις dicebatur, Romanis legibus non comprobatur“ [178]).

2) „Non nudo consensu patria liberi potestate; sed actu solemni, vel casu liberantur: nec quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur“ [179]).

3) „Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere“ [180]).

Wie ist es nun aber damit zu vereinigen, daß der paterfamilias seine uxor in manu und seine filiifami-

---

178) l. 6 C. de patria pot. (8, 47).

179) l. 3 C. de emancipat. (8, 49).

180) l. 34. D. de adoptio. et emanc. (1, 7).

lias emancipiren, in Adoption geben und durch Verkauf, noxae datio, Schenkung u. s. w. veräussern kann? Es sind dies allerdings Anomalien, aber es läßt sich auch sehr leicht erklären, wie die Römer auf diese Unregelmäßigkeiten gekommen sind. Als einmal die doppelte Natur der Sklaverei zur Lösung der daraus hervorgehenden Collision, eine Abweichung von der Unveräusserlichkeit der potestas hervorgebracht hatte, so war es nur ein kleiner Schritt weiter, dies auch auf die patria potestas anzuwenden, und daß nun wirklich jene Veräusserlichkeit derselben von der Sklaverei herübergezogen sey, dafür giebt es entschiedene Gründe. In der patria potestas an sich nemlich kann jene Veräusserlichkeit nicht liegen, denn väterliche Gewalt konnte auch der peregrinus haben dem jus connubii ertheilt worden war, allein seine Kinder zu veräussern, war er darum noch nicht im Stande, denn jede Veräusserung eines filiifamilias erforderte mancipatio [181]), welche aber ein peregrinus nicht vornehmen konnte, weil ihm das jus commercii fehlte. Wesentlich enthält also die patria potestas nichts als das jus vitae et necis über die Person der Kinder, wie auch ziemlich bestimmt ausgesprochen ist [182]). Die Natur der Sache führt auch schon darauf, jene Veräusserungen als ursprünglich nur aus dem jus commercii fließende Dispositionsbefugnisse über Gegenstände des Eigenthums zu betrachten, und demgemäß finden wir ja die noxae datio auch bei Thieren, wenn diese eine pauperies ange-

---

181) In Rücksicht der noxae datio sagt es Gajus IV. §. 79; von den andern Veräußerungen wußten wir es schon ohnehin.

182) l. 10 C. de patria pot. (8, 47), l. 2 C. Th. de liberal. caus. (4, 8).

richtet haben [183]). Woher auch sonst die mancipatio bei der Veräusserung eines filiusfamilias oder einer uxor in manu, da diese doch keine res mancipi waren, wenn dies nicht analog von den Sklaven hergenommen wäre? Leider ist eine Stelle bei Gajus defect, wo er dies wirklich ausgesprochen zu haben scheint [184]), aber auch schon dies deutet darauf, daß er sagt: bei denen die in mancipio wären (dies waren ja aber eben die veräusserten filiifamilias und uxores in manu) sey Alles wesentlich eben so, wie bei den eigentlichen Sklaven [185]). Durch nichts erklärt sich auch natürlicher, weshalb erst bei der dritten mancipatio der Sohn gänzlich von der väterlichen Gewalt befreit ward, als daraus, daß man bei der Ausdehnung eines Grundsatzes einige Bedingungen mehr verlangte, als in seiner ursprünglichen Anwendung, und das Princip der Unveräusserlichkeit der potostas bei der wichtigsten persona in potestate etwas fester hielt als bei den andern hominibus alieno juri subjectis *). Dazu

---

183) l. 1 pr. D. si quadrupes pauper. fec. dic. (9, 1).

184) Gajus I. §. 117.

185) Gajus I. §. 123 und dazu Note 43 von Göschen.

*) Es ist merkwürdig, daß in den uns erhaltenen Bruchstükken der 12 Tafeln in Beziehung auf das Veräußerungsrecht des Vaters nur beschränkende Bestimmungen vorkommen. Gothofred setzt zwar: „Endo liberis justis jus vitae, necis, *venundandique potestas* esto.“ Tab. IV. Allein Letzteres schließt er nur daraus, daß Dionys von Halicarnaß erzählt: die 12 Tafeln hätten dem Vater seinen Sohn zu verkaufen verboten, wenn dieser mit jenes Erlaubniß geheirathet habe, und die 12 Tafeln hätten dreimaligen Verkauf des Sohns zur gänzlichen Auflösung der väterlichen Gewalt verlangt. Auch Gajus kennt nur

kommt nun noch endlich, was ganz entscheidend ist, daß die ältere Form der emancipatio und der datio in adoptionem eben darin bestand, daß man sein Kind durch Veräusserung in eine servilis conditio herabsetzte [186]), um es dann wie einen Sklaven manumittiren, oder dem pater adoptans gleich einer Sache in jure cediren zu können.

Also auch bei der väterlichen Gewalt treffen meine drei Charaktere der öffentlichen Rechte zu, und ich darf daher schon wol nicht mehr den Vorwurf der Paradoxie besorgen, wenn ich sie ein publicum jus genannt habe, was ich indessen noch durch ein paar Gründe unterstützen kann; denn die Erklärung der patria potestas in unsern Quellen stimmt nicht weniger auffallend als die Erklärung der potestas in servis, mit der potestas magistratuum im engern Sinne überein [187 a]), und merkwürdig ist es doch, daß der paterfamilias nicht so wie an seinen Sklaven, so auch an seinen filiisfamilias, jura in re bestellen kann [187 b]); es müssen diese Beschränkungen sich also nicht auf die potestas, sondern auf das privatrechtliche dominium beziehen, daher denn auch eben in dieser Beziehung die Sklaven den Hausthieren verglichen werden [188]). Unstreitig ist es daher nicht sowol eine Laxität der Grundsätze durch christliche Ideen motivirt, als

---

diese auf Erhaltung der patria potestas abzweckenden Bestimmungen der 12 Tafeln.

186) l. 3 §. 1 D. de capite minutis (4, 5).

187 a) Man vergleiche nur l. 10 C. de patr. pot. (8, 47) Gajus I §. 52; §. 1 J. de his qui sui vel al. jur. (1, 8) l. 1 §. 1 D. eod. mit l. 3 D. de jurisdict. (2, 1)

187 b) Paul. S. R. V, 1 §. 1

188) l. 5 §. 3 D. usufruct. quemadm. cav. (7, 9)

eine Annäherung und Rückkehr zu der ursprünglichen reinen Natur der väterlichen Gewalt zu nennen, wenn in den kaiserlichen Constitutionen bestimmt worden ist, daß Verkauf von filiisfamilias nur beim infans sanguinolentus und auch nicht einmal da mit alter Wirkung Statt finden soll [189], die noxae datio aber gar nicht mehr [190]; ferner, daß die emancipatio nur von der potestas befreien, aber alle andere Verwandtschaftsverhältnisse und Rechte unverändert lassen [191], und daß endlich die datio in adoptionem regelmäßig nicht einmal Auflösung der patria potestas, sondern nur ein neues Erbrecht gegen den pater adoptans zur Folge haben soll [192]. Nicht zu verwundern ist es aber, wenn so lange die durch die Sklaverei hervorgerufene Verunstaltung der väterlichen Gewalt noch unbeschränkt bestand, und der Vater seine Kinder gleich dem Vieh verhandeln durfte, die Römischen Juristen selber zum Theil zweifelhaft waren, ob die väterliche Gewalt den öffentlichen oder den Privatrechten beizuzählen sey. Daraus erklären sich solche Aeusserungen wie die, daß durch capitis deminutio minima nicht die publica jura, z. B. die Amts-

---

189)) l. 1 C. Th. de his qui sanguinol. (5, 8) l. 2 C. de patre qui fil. (4, 43) Es wird auch ziemlich bestimmt angedeutet, daß die Beschränkung der Verkaufsrechts-Wiederstellung einer alten Grundidee sey: l. 10 C. de patr. pot. (8, 47) l. 2 C. Th. de lib. caus. (4, 8)

190) §. 7 J. de noxal. action. (4, 8)

191) l. 13 C. de legit. hered. (6, 58) §. 10 J. de hered. qnae ab intest. (3, 1)

192) l. 10 C. de adopt. (48, 8) §. 2 J. eod. (1, 9) §. 8 J. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12) §. 14 J. de hered. quae ab intest. (3, 1).

rechte, die freilich vorzugsweise ins öffentliche Recht gehören [193]), sondern nur die jura privata et familiae verloren gingen [194]), oder daß der filiusfamilias in publicis causis, als magistratus u. s. w. loco patrisfamilias sey [195]). Der letztere Satz mag vielleicht mit Veranlassung zur Ausbildung des peculium castrense et quasi castrense gegeben haben, indessen macht dieser Satz hier gerade am wenigsten Schwierigkeit, denn der Gegensatz desselben ist doch: in privatis causis filiusfamilias loco patrisfamilias *non* habetur. Die causae privatae vel familiares sind aber die Privatrechte der Familie, worüber nur der paterfamilias, nicht aber der filiusfamilias zu disponiren hatte. Die väterliche Gewalt selber kann man unmöglich hier als den Gegensatz der publicae causae betrachten, denn diese dauerte ja auch fort, während der Sohn ein publicum munus verwaltete, wenn gleich die Ausübung des jus vitae et necis in einem gewissen Umfange dadurch suspendirt werden konnte [196]), weil überhaupt die Person der Beamten, wenigstens der höheren, während ihrer Amtsführung unantastbar war [196]).

Als entfernter Bestätigungsgrund für das bisher Ausgeführte mag sich endlich noch die Bemerkung anschließen,

---

193) l. 1 §. 2 D. de justit. et jur. (1, 1).

194) l. 5 §. 2 l. 6 l. 7 D. de capit. minut. (4, 5).

195) l. 9 D. de his qui sui vel, al. jur. (1, 6), l. 77 l. 78 D. de judiciis (5, 1), l. 13 §. 5 l. 14 pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1).

196) Gänzlich war es durchaus nicht der Fall, denn die Tutel war auch ein publicum munus, und doch konnte der Vater, dessen Sohn eine Vormundschaft führte, vollkommen seine Gewalt über d esen ausüben.

197) l. 32 D. de injuriis (37, 10).

daß vielleicht das jus adoptandi ein Produkt der Sklaverei seyn könnte. Was mich auf diese Vermuthung gebracht hat, ist der Gebrauch der nordamerikanischen Wilden, die gefangenen Feinde, welche man nicht zu tödten für gut befindet, in die Familie eines Stammgliedes aufzunehmen. Es ließe sich nun recht wohl denken, daß auch bei den Alten ursprünglich kein Unterschied zwischen den in die Familie recipirten gefangenen Feinden und den eigentlichen natürlichen Gliedern derselben gewesen, und erst später den ersteren aller Antheil an den Rechten abgesprochen worden wäre. Das den servis publicis eingeräumte halbe jus testamentifactionis ließe sich nicht unschicklich daraus erklären. Nach erfolgter Zurücksetzung der Sklaven war dann ein kleiner Schritt, nun auch auf die Reception berechtigter Fnmilienglieder zu fallen. Indessen ist dies ein Einfall, auf den ich selber keineswegs viel geben will; aber auch wenn wir nicht annehmen wollen, daß die Sklaven je den filiisfamilias gleichgestanden haben, hat es dennoch Einiges für sich, daß die Adoption von filiifamilias eine Nachahmung des Erwerbs von Sklaven sey. Die neueren Bestimmnngen über die Wirkungen der Adoption haben sich auch hier wieder der reinen Idee der natürlichen Familie genähert.

§. 22.

V. Suität.

Das Recht der Sui heredes besteht hauptsächlich darin, wenn der bisherige Repräsentant der Familie hinsichtlich des Vermögens weggefallen ist, ipso jure in die Vermögensrepräsentation einzutreteu; dann äussert sich dies Recht auch noch beim Patronat, wovon in der Folge die Rede seyn soll, und ausserdem noch in einigen untergeord-

neten Beziehungen [198]). Wenn nun gleich dieses Recht seit den 12 Tafeln durch den paterfamilias wenigstens zum Theil entzogen werden kann, wenn derselbe ein Testament macht und den Suus rite enterbt oder eine adsignatio liberti vornimmt, so ist es dennoch ein publicum jus; denn es ist ein durch die Organisation der Familienverbindung bestimmtes Recht, es ist ans Individuum geknüpft, kann nicht vererbt werden, und daß es auch nicht durch Privatvertrag aufgegeben werden könne, wird ausdrücklich gesagt: „Jus agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat: *nolle suum esse*, Juliani sententia est“ [199]).

Hier dringt sich noch die Frage auf, ob nicht, wenn einem peregrinus durch connubii concessio die väterliche Gewalt über die Kinder eingeräumt war, das Vermögen der Familie nur den letztern gehört habe, und in ihre Disposition gleich dem peculium castrense gestellt gewesen sey, da doch dem Vater das jus commercii fehlte. Consequent muß dies bejaht werden; es wäre aber gar wol möglich, daß die ganze connubii concessio sich nur auf Weiber, nicht auf Männer bezogen hätte, wo dann freilich jene Frage gänzlich wegfallen müßte.

§. 23.

VI. Patronat.

Es war ein alter Römischer Grundsatz, der nur bei den unehelichen Kindern eine Ausnahme litt, daß jeder Mensch in einem Familienverbande stehen müsse,

---

198) Man sehe z. B. l. 20 §. 5 D. de adquir. vel om. hered. (29, 2), l. 10 D. de sepulchro viol. (47, 12).

199) l. 34 D. de pactis (2, 14) l. 1 §. 4 D. de suis et legit. (38, 16).

und zwar in einem juristischen, in einer cognatio civilis denn die bloße Blutsverwandtschaft war ja, wie schon oben bemerkt worden, in älterer Zeit ohne rechtlichen Einfluß [200]). Wenn daher durch physischen oder bürgerlichen Tod des paterfamilias die engere familia war aufgelöst worden, so dauerte doch noch der Agnationsnexus zwischen den freien Gliedern derselben und denjenigen Nachkommen von diesen, die nicht unehlich waren und nicht als Kinder weiblicher Agnatinnen in eine andere Familie gehörten, fort, die Sklaven aber wurden in irgend eine neu entstandene oder sonst eine andere Familie durch Erbgang einrangirt. Wenn hingegen jemand durch manumissio aus der engern Familie trat, dann fand ein anderes Familienverhältniß zwischen ihm und den andern Gliedern der familia worin er bisher gestanden hatte, Statt, welches unter dem Namen des Patronats bekannt ist. Dies trat also ein bei dem servus manumissus und bei dem filiusfamilias emancipatus, denn die emancipatio geschahe ja in älterer Zeit durch eine manumissio, zu welchem Zweck eben das Kind erst durch Verkauf in servilem conditionem, nämlich in mancipium versetzt ward [201]). Justinian selber nennt den Patron Agnaten des Freigelassenen [202]), auch erhielt der letztere den Familiennamen seines Pa-

---

200) Es versteht sich von selber, daß dieser Satz nicht auf die späteren Latinen und Peregrinen gehen kann; deren Aufnahme in den Staat war es aber auch eben, welche das Hervorheben der reinen Blutsverwandschaft veranlaßte.

201) Auf den letzteren Fall bezieht sich der Pandektentitel: Si a parente quis manumissus sit. (37, 12).

202) Man sehe die griechische Constitution in Cujacii Obs. XX. c. 34.

trons [203]), und bei der Successio und Tutela legitima nahm der Patronat ganz die Stelle der Agnation ein, daher denn auch, seitdem in dieser Beziehung die Agnation durch die Cognation in der Nov. 118 verdrängt worden, das besondere Recht des Vaters gegen seinen filius emancipatus auf Intestaterbfolge und Vormundschaft wegfallen muß, obgleich seltsam genug in unserm jus controversum diese Frage gar nicht berührt wird [204]). Uebrigens war abgesehen von geringeren Differenzen, in so ferne ein Unterschied zwischen dem Patronat über servi manumissi und liberi emancipati, daß im ersteren Fall nicht nur der manumissor in den Patronat eintrat, sondern nach dessen Tode auch seine sui [205]), während hingegen im ersteren Fall der Patronat auf den manumissor beschränkt war [206]). Der Grund dieser Verschiedenheit lag unstreitig in der doppelten Natur der Sklaven, indem diese nicht bloß als Familienglieder neben den filiisfamilias, sondern als Sachen auch unter der ganzen familia im engeren Sinne, dem Subject der Vermögensrechte standen, weshalb das Römische Recht auch bei der Manumission den Suis gewisse

---

203) Lactant. Div. Inst, IV, 3 Plin. H. N. XXV c. 5. XXXI c. 2 l. 77 §. 15 l. 88 §. 6 D. de legat. II (31) l. 38 §. 2 l. 94 D. de legat. III (32) l. 108. D. de condit. et demonstr. (35, 1)

204) Es ist überhaupt merkwürdig, daß gewöhnlich nur vom Patronat über liberti geredet wird, während doch das ganze SCt. Tertullianum nur durch die besondere Succession des pater munumissor in bona filii emancipati erklärlich ist.

205) Gajus III §. 58 u. f. l. 58 §. 1 D. de V. S. (50, 16)

206) l. 1 §. 58 D. si a parente quis manumis. sit (37, 12)

Rechte gegen den Freigelassenen erhielt, was bei dem emancipatus nicht vorkommen konnte, indem dieser nur unter seinem bisherigen paterfamilias gestanden hatte, daher auch ganz natürlich nur diesem der Patronat eingeräumt ward.

Der Patronat ist nun als ein Familienrecht juris publici. Daher ist er auch auf die Individuen derer beschränkt, denen er einmal gesetzlich zusteht, also auf den manumissor und die bei den eigentlichen libertis noch hinzukommenden Sui des manumissor, deren Patronat zwar erst nach dem Tode des letzteren zur Anwendung kommt, aber nicht jure hereditario, sondern jure proprio, daher denn auch die Enterbung eines Suus, so wie Gebrauch des beneficium abstinendi, auf den Uebergang des Patronats keinen Einfluß hat, so weit ist das dem paterfamilias in den 12 Tafeln ertheilte jus testandi nicht erstreckt worden [207]). Aus demselben Grunde geht auch den Kindern eines Hochverräthers die Successio in bona libertorum nicht verloren [208]) und müssen dieselben consentiren, wenn ein libertus durch

---

207) Gajus III §. 58 l. 9 pr. D. de jure patronatus (37, 14) l. 1 §. 5 D. de adsign. libert. (38, 4) Die dem manumissor gestattete adsignatio liberti ist keine gänzliche Entziehung sondern nur eine Suspension des Patronats für die andern Sui, denn wenn gleich der Suus, dem der libertus adsignirt worden ist, während seines Lebens als alleiniger Patron gilt, l. 30 §. 5 D. qui et a quib. man. (40, 9) so kann er doch nicht wieder adsigniren l. 8 D. de adsign. lib. und nach seinem Tode treten die andern wieder in ihr Recht ein pr. J. eod (3, 8)

208) l. 4 D. de jure patron. (37, 14) l. 9 D. ad leg. Iul. Maj. (48, 4).

natalium restitutio vom Patronat befreit werden soll [209]). Daß nun auch von keiner Vererbung des Patronats die Rede sey, geht aus dem eben Ausgeführten von selber hervor. Aber beim Patronat über den Latinus Junianus scheint es doch anders zu seyn, denn wenn dessen Patron vor ihm gestorben ist, so fällt sein Vermögen nachher auch an die extranei heredes des ersteren [210]). Aber dies hat seinen guten Grund; der Latinus Junianus lebt nur als Freier, stirbt aber als Sklave, und sein Vermögen wird daher bei seinem Tode gleich einem peculium profectitium, als integrirender Theil des Vermögens seines ehemaligen Herrn betrachtet [211]) und daher ist es ganz natürlich, wenn die Erben des letztern, welcher Art sie auch sind, auf die Verlassenschaft des Latinus Junianus Anspruch machen können. Was endlich die Veräusserlichkeit des Patronats betrifft, so ist bekannt, daß ausser den Fällen, wo er zur Strafe verloren geht [212]), derselbe nur durch die vom Regenten ertheilte restitutio natalium aufgehoben werden kann [213]); der Patron muß dabei zwar consentiren [214]), aber sein Consens allein wirkt nichts [215]).

---

209) l. 4 D. de natal. restit. (40,11).

210) Gajus III §. 58.

211) Gajus III §. 56 I §. 22, Fragm. vet. ICti. de juris spec. et manumiss. §. 6 u. 7, §. 4 J. de succ. libert. (3,7) l. un. pr. C. de Latina libert. toll. (7,6)

212) Man sehe z. B. l. 5 §. 1 D. de jure patronatus (37,14) l. 33 D. de bonis libert. (38,1),

213) Tit. D. de natal. restit. (40,11).

214) l. 2 l. 4 l. 5. D. eod.

215) l. 8. C. de ingenuis mannumiss. (7.14) l. 2 C. de collus. deteg. (7, 20) l. 37 D. de libcrali causa (40,12).

§. 24.

VII. Vormundschaft.

Im ältesten Römischen Recht war die tutela ein Privatrecht der Agnaten und Patrone, bloß zu ihrem Nutzen bestimmt, damit sie Verschleuderung des Vermögens verhüten könnten, „nam reipublicae nihil interest, res pupilli salvas esse“ war die Ansicht der älteren Römer [216]), daher denn auch die legitimi tutores früher ihr Recht durch in jure cessio an Andere abtreten konnten [217]). Aus dieser ursprünglichen privatrechtlichen Natur der Tutel erklärt sich auch am einfachsten die tutela fiduciaria, indem man in manchen Fällen die Vormundschaft später nicht mehr angemessen fand, und doch das Privatrecht wenigstens zum Schein unangetastet lassen zu müssen glaubte. Indessen ist es noch immer die Frage, ob die tutela testamentaria, optiva und dativa, auf welche sich auch kein Fall weder der tutela fiduciaria, noch cessitia bezog, so wie überhaupt die cura, je von den Römern als privatrechtlich betrachtet worden sind; so viel bleibt aber immer gewiß, daß in späterer Zeit die Ansicht sich geändert hat, und jede Vormundschaft zu den öffentlichen Rechten gezählt worden ist. Diese Umwandlung ist schon zur Zeit der klassischen Juristen vollständig geschehen.

Die Römer unterscheiden munera publica und privata [218]). Zu den muneribus publicis, von denen Weiber ausgeschlossen sind, gehört nun auch die Vor-

---

216) l. 2 §. 5 D. ad municipalem (50, 1).

217) Ulp. Fragm. XI §. 6 — 8.

218) l. 14 §. 1 D. de muner. et honor (50, 4)

mundschaft [219]) und daher wird auch diese eine potestas genannt [220]), was die oben bei der väterlichen Gewalt und der Sklaverei aufgestellte Bedeutung der potestas als einer durchs jus publicum ertheilten Amtsgewalt bestätigt [221]). Dazu kommt nun noch, daß durch die capitis deminutio minima, von der ausdrücklich gesagt wird, daß sie auf die publica jura keinen Einfluß habe [222]), die Vormundschaft welche der capite minutus führt, nicht afficirt werden soll, mit einer sehr natürlichen Ausnahme hinsichtlich der tutela legitima [223]). Schon diese

---

219) pr. J. de excusat. tut. (1, 25) l. 2 D. de R. J. (50, 17) l. 16 pr. l. 18 D. de tutel. (26, 1) Daß die Kaiser wol als Privilegium Weibern die Tutel über ihre Kinder zu bewilligen pflegten, l. 18 D. cit. woraus Justinian in Nov. 118 c. 5 eine Regel gemacht hat, kommt hier als bloße Singularität natürlich nicht in Betracht.

220) §. 1 J. de tutel. (1, 13) l. 1 pr. D. eod (26, 1) Cicero de Invent. II c. 50 Auctor ad Herenn. I c. 30 Gellius N. A. V c. 19.

221) Hier ist der Ort, einem oben nicht beseitigten Einwurf zu begegnen, den man meiner Theorie von der potestas opponiren könnte, nämlich daß ja auch Weiber von jeher die potestas über Sklaven haben konnten. Allein diese potestas war ja auch wegen ihrer Verbindung mit dem dominium nicht rein, und überdies hatten ja auch eben deswegen die Weiber in älterer Zeit einen perpetuellen Vormund, der recht vorzugsweise um der res mancipi willen, zu denen auch die Sklaven gehörten, da war: Gajus II. §. 46 I. §. 192.

222) l. 5 §. 2 l, 6 D. de capite min. (4, 5).

223) l. 7 pr. D. eod. Siehe auch l. 9 D. de his qui sui vel. al. jur. (1, 6) „Filiusfamilias in publicis causis, loco patrisfamilias habetur, veluti si vel magistratum gerat, *vel tutor detur*."

Gründe würden eigentlich zum Beweise meiner Behauptung, daß die Vormundschaft ein öffentliches Recht sey, hinreichen, allein auch hier lassen sich meine drei Charactere der publica jura aufs Bestimmteste durchführen. Ueber die Individualität des Subjects der Vormundschaft kann kein Zweifel seyn; zwar kann sie Mehreren zustehen, und die tutela legitima fällt nothwendig, wenn mehrere Intestaterben neben einander stehen, an diese Mehreren, allein wenn ein Vormund stirbt, so geht sein Amt doch nie auf seine Erben über; denn wenn gleich bei der tutela legitima die Erben des verstorbenen Vormunds auch wieder nächste Intestaterben des Mündels, und daher nunmehro zur Tutel berufen seyn können, so erfolgt dieser Eintritt doch nicht jure hereditario, sondern jure proprio, das Römische Recht sagt ausdrücklich: „Et sciendum est nullam tutelam hereditario jure ad alium transire: sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae, ceterae non descendunt“ [224]). Eben so wenig findet Uebertragung der Vormundschaft auf Andere Statt, denn von der alten tutela cessitia bei der legitima tutela kommt ja im neuern Recht nichts vor, und daß man nicht willkührlich seine Vormundschaft aufgeben könne, sondern dazu bestimmter, gesetzlich anerkannter Excusationsgründe bedürfe, steht ja in jedem Compendium.

Uebrigens ist die Vormundschaft in ihrer Ausdehnung über die legitima tutela eins von den Familienverhältnissen, welche nicht das jus connubii voraussetzen, denn auch Latini läßt das Römische Recht als Vormünder zu, nur nicht Latini Juniani [225]).

---

224) l. 16 §. 1 D. de tutel. (26, 1).

225) Ulp. Fragm. XI. §. 16. Gajus I. §. 23.

§. 25.

VIII. Dos.

In Rücksicht der Dos kommen zwei jura publica im Römischen Recht vor, eins in Beziehung auf die Constituirung einer dos, eins an der constituirten dos selber. Es wird am zweckmäßigsten seyn, zuerst das Letztere abzuhandeln.

Eine dos kann nur aus Vermögensrechten, Eigenthum, jura in re und Forderungen bestehen, und wenn wir nun fragen, wer hier als Eigenthümer, als Inhaber des dinglichen Rechts und als Creditor zu betrachten sey, so ist die Antwort: der Mann, oder wenn er noch in potestate steht, sein paterfamilias [226]), dieser ist Subject des privatrechtlichen Theils des Rechts an der dos, auch gereicht diese ja zu seinem Privatnutzen, indem sie ihm eine Vermögenslast, die Unterhaltung der Ehe erleichtert. Der Mann kann daher die Dotalsachen von jedem, selbst von der Frau vindiciren [227]), die Dotalbestellung ist ein Usucapionstitel für ihn [228]), aller Erwerb der Dotalsklaven fällt an ihn [229]), er vererbt die dos auf

---

226) l. 7 §. 3 l. 9 pr. §. 1 l. 75 D. de jure dot. (23, 3).

227) l. 24 D. de act. rer. amot. (25, 2).

228) Tit. D. pro dote (41, 9). Tit. C. eod. (7, 28).

229) l. 3 pr. D. de fundo dotali (23, 5), l. 58 D. sol. matr. (24, 3). Dies ist ein besonders entscheidendes Kennzeichen des wahren Eigenthums des Mannes; denn wenn gleich, was ein Sklave durch Arbeit erwirbt, auch an den bonae fidei possessor desselben fällt, so fällt doch, was ein Sklave durch Erbschaft, Schenkung u. s. w. erwirbt nur an den Eigenthümer. Ulp. Fragm. XIX. §. 18 — 21. Gajus II. §. 86 — 95. Der Ehemann bekommt aber auch diesen Erwerb des Dotalsklaven.

jede Weise [230]) und er kann alle Dotalobjecte nach Belieben veräussern [231]), mit der einzigen Ausnahme des fundus dotalis nach Bestimmung der Lex Julia de Adulteriis und den späteren Ausdehnungen dieses Gesetzes [232]). Daher kann auch endlich der Mann sein Recht

---

230) l. 1 §. 1 D. de fundo dotal. (23, 5), l. 62 D. de adquir. rer. dom. (41, 1). Dies hat indeß Justinian in l. 30 C. de jur. dot. (5, 12) eigentlich geändert, indem er bestimmt hat, daß die dos ipso jure an die Frau zurückfallen soll, während nach altem Recht beim Tode des Mannes die dos an seine Erben fiel, und nur diesen von der Frau abgefordert werden konnte. Keine wahre Ausnahme von dieser Vererbung der dos macht es, daß wenn der Mann in potestate stand, beim Tode des paterfamilias die dos nicht an alle dessen Erben, sondern nur an den Ehemann fiel: l. 56 §. 1 u. 2 D. de jur. dot. (23, 3), l. 58 D. ad leg. Falc. (35, 2), l. 20 §. 2 l. 46 l. 51 pr. D. fam. herc. (10, 3), l. 7 D. de dote praeleg. (33, 4).

231) l. 58 D. sol. matrim. (24, 3).

232) Bekanntlich bezog sich die Lex Julia de Adulteriis oder de fundo dotali nur auf fundus Italici: Paulus S. R. II. 21 b §. 2, l. 13 §. 2 D. de fundo dotal. (23, 5), l. 1 C. eod. (5, 23) und erst nachdem Justinian die praedia Italica und provincialia gleich gestellt hatte, dehnte er die Bestimmung der Lex Julia auch auf fundus provinciales aus in l. un. §. 15 C. de rei uxor. act. (5, 13). Streng genommen hat Justinian eigentlich in l. 30 C. de jur. dot. (5, 12) das Veräußerungsverbot indirekt auf alle Sachen, selbst auf die beweglichen, ausgedehnt, indem die Frau dieselben nach aufgelöster Ehe soll vindiciren können „si extant“ und daß dies nicht blos heißt: wenn die Sachen noch beim Mann oder seinen Erben existiren, sondern: wenn dieselben überhaupt

an der dos als sein Privatrecht aufgeben, und die dos der Frau lassen, wenn er sich nur dabei ausbedingt, daß nun auch die Frau sich selber ernähren solle, weil sonst eine Schenkung darin liegen würde, die ja unter Eheleuten ungültig ist [233]).

Durch alle diese Gründe wird wol zu entschieden dargethan, daß die dos wirklich zum Vermögen des Mannes gehöre, als daß dawider in Betracht kommen könnte, daß bei Schätzungen des Vermögens zum Zweck der Besteurung und Belastung, die dos die ein Mann hat, nicht in Anschlag gebracht werden soll, unstreitig weil dieselbe keine positive Bereicherung für ihn ist, da ihr Ertrag wieder durch die Ehe absorbirt wird, auch wird ausdrücklich angedeutet, daß es eigentlich eine Inconsequenz sey, indem die dos sich doch wirklich in bonis mariti befinde [234]).

Neben diesem privatrechtlichen Recht des Mannes an der dos ist nun aber auch von einem Recht der Frau an derselben die Rede. Es heißt: „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est“ [235]); die Be-

---

noch existiren, beweist die Erklärung des si extant in einer durchaus gleichen Beziehung in l. 5 C. de sec. nupt. (5, 9) und l. 18 C. qui pot. in pign. (8, 18).

233) l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. (23, 4), l. 21 §. 1 D. de donat. int. V. et U. (24, 1), l. 60 §. 3 D. mandati (17, 1). Warum Justinian nur vor der Ehe, aber nicht während der Ehe, auch nicht unter der angegebenen Bedingung, der Frau die dos zu überlassen gestattet, l. un. C. si dos const. matr. (5, 19), Nov. 22 c. 39 ist in der That schwer einzusehen, das ältere Recht wußte von dieser willkührlichen Beschränkung nichts, l. 15 D. de fundo dotali (23, 5).

234) l. 21 §. 4 D. ad municipalem (50, 1).

235) l. 75 D. de jure dot. (23, 3).

stellung einer dos durch einen Dritten gilt regelmäßig als Schenkung an die Frau, als ein Erwerb derselben [236]), daher sie auch Evictionsleistung vom Constituenten fordern kann, wenn das Gegebene evincirt worden ist [237]); die Frau wird rücksichtlich der processualischen Cautionen als ansässig betrachtet, wenn Dotalgrundstücke vorhanden sind [238]), und Justinian findet für nöthig zu erklären, daß die Frau doch eigentlich naturaliter Eigenthümerin der dos sey [239]). Es frägt sich nun, welche die Natur dieses Rechtes sey. Eigenthum kann es nicht seyn, denn sonst entstünde ein dominium plurium in solidum, welches nach Römischem Rechte unmöglich ist [240]), auch ist hier nicht an eine Spaltung des Eigenthums, wie zwischen dem quiritarischen und bonitarischen Eigenthümer zu denken, denn da in vielen Stellen gesagt wird, die dos sey in bonis mariti, so müßte die Frau die domina ex jure Quiritium seyn; allein hier tritt nun Justinian mit seiner Bemerkung entgegen, daß wenn gleich ex subtilitate legum die dos

---

236) Selbst die dos receptitia wird als Schenkung an die Frau betrachtet, wo die Schenkung doch nur in einem Recht der Frau an der dos während der Ehe gefunden werden kann, l. 33 in fin., l. 43 §. 1 D. eod., l. un §. 13 C. de rei uxor. act. (5, 13). Wegen dieser Schenkung an die Frau mußte auch früher die dos über 500 sol. insinuirt werden, was indeß Justinian abgeschafft hat, l. 31 pr. C. de jur. dot. (5, 12).

237) l. 75 D. de jur. dot. (23, 3), l. 22 §. 1 D. de eviction. (21, 2).

238) l. 15 §. 3 D. qui satisdare cogunt. (2, 8).

239) l. 30 C. de jure dotium (5, 12).

240) l. 5 §. 15 D. commodati (13, 6).

patrimonium des Mannes sey, so gehöre sie doch naturaliter, ein Ausdruck, der nicht auf das civile Eigenthum bezogen werden kann, der Frau [241]). Ueberdies besteht ja aber die dos nicht bloß in Eigenthum an Sachen, sondern auch Forderungen und jura in re können ihr Gegenstand seyn, und wenn man nun auch hinsichtlich der Obligationen, nach Analogie der Cession oder procura in rem suam, eine Spaltung des Creditorsverhältnisses annehmen wollte, so wäre dies doch in Ansehung der jura in re ganz unmöglich; es kommt zwar wol vor, daß jemand naturali ratione im Besitz eines jus in re geschützt wird, wo er es nach strengem Recht nicht haben könnte [242]), aber daß Einer jure civili, ein Anderer jure gentium Inhaber eines Jus in re sey, davon findet sich im Römischen Recht keine Spur. Da nun das Recht der Frau an der dos doch auch offenbar kein Privilegium, kein Besitzrecht und kein bloßes Klagrecht ist, so bleibt gar kein Privatrecht übrig, unter dessen Begriff es subordinirt werden könnte. Wir müssen uns also wol bequemen, jenes Recht als ein publicum jus zu betrachten, und daß dies wirklich die Ansicht der Römer gewesen sey, läßt sich beweisen.

Die dos ist bestimmt zur Unterhaltung der Frau zu dienen, und daher ist nicht nur der Mann verpflichtet, den Ertrag zu diesem Zwecke zu verwenden, sondern die Frau kann auch, wenn der Mann verarmt, selber den Besitz der dos verlangen, um sich davon zu erhalten [243]),

---

241) l. 30 C. de jur. dot. (5, 12).

242) Man denke z. B. an die Servitutes tuitione praetoris: l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4), l. 11 §. 1 D. de public. in rem. act. (6, 2).

243) l. 24 pr. D. sol. matr. (24, 3), l. 29 C. de jure dotium (5, 12).

und wenn die Frau die Ehe überlebt, so muß die dos ihr regelmäßig herausgegeben werden [244]), was keineswegs als eine Folge der allgemeinen Pflicht des Mannes, die dos zu restituiren, betrachtet werden kann, denn diese fand nach älterem Recht nicht Statt, sondern da galt gerade umgekehrt als Regel, wenn die Frau die Ehe nicht überlebt hatte, daß der Mann die dos behalte [245]). Auf dieser Bestimmung der dos zum Unterhalt der Frau beruht es eben, daß die Dotalbestellung durch einen Dritten als ein Erwerb für die Frau gilt [246]) und daß letztere als ansässig betrachtet wird, wenn ein Dotalgrundstück vorhanden ist [247]). Jene Bestimmung der dos ist nun ein Grundsatz des Jus publicum, denn in sehr vielen Stellen wird gesagt: „reipublicae interest dotes salvas esse“ oder „dotatas esse mulieres“ [248]) und daher sagt Paulus in der Consultation:

---

244) Eine untergeordnete Ausnahme macht nur die dos receptitia.

245) Ulp. Fragm. VI. §. 4 — 7. Es wird unten näher von der Rückgabe der dos gehandelt werden.

246) l. 23 in fin. D. de jur. dot. (23, 3).

247) l. 15 §. 3 D. qui satisd. cog. (2, 8).

248) l. 2 D. de jure dot. (23, 3) „Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.“ l. 1 D. sol. matr. (24, 3) „Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.“ l. 17 §. 1, l. 18 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5) (Ulpianus) „Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renuntiatum est: tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem

„Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat“ 249). Auch läßt sich die Sache sehr einfach construiren. Daß die Römer den Staat dabei interessirt hielten daß recht viel geheirathet werde, würden wir auch ohne die Lex Julia et Papia Poppaea zur Genüge wissen, und daß sie ferner die dos als ein Beförderungsmittel der Ehen betrachteten, sprechen nicht nur die eben citirten Stellen bestimmt aus, sondern dies geht auch daraus hervor, daß sie gewissen Personen die Pflicht auflegten, eine dos zu bestellen. Bei dieser Ansicht ist es also sehr begreiflich, wenn die Römer die dos als einen wesentlichen Bestandtheil in die Organisation des ehelichen Verhältnisses hineinzogen 250), und es demgemäß für eine Bestimmung und Einrichtung der Staatsverfassung, des jus publicum erklärten, einestheils, daß eine dos constituirt werde wo diese Pflicht einigermaaßen schicklich aufgebürdet werden könne 251), anderntheils, daß die dos so viel möglich für ihren Zweck erhalten werde.

---

puto dicendum, etiam si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit.“ (Paulus) „Interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit.“

249) Consult. vet. ICti IV.

250) Wenn nur bei der freien Ehe, nicht bei der in manum conventio eine dos vorkommt, so hat dies ohne Zweifel den einfachen Grund, daß bei der letzteren die Frau als solche gar kein Recht haben konnte.

251) Man könnte glauben, daß in Folge dieser Grundsätze der Frau zunächst die Pflicht auferlegt werden müsse, eine dos zu bestellen; allein da die dos den Zweck hat, zur Unterhaltung der Frau zu dienen, so wäre es offenbar lächer-

Nach dieser Vorbemerkung läßt sich nun der eigentliche Beweis dafür, daß das Dotalrecht der Frau juris publici sey, ausführen. Das Eigenthümliche bei der dos ist nicht, daß der Mann bei Gelegenheit der Ehe gewisse Privatrechte erhalten hat, daß er Eigenthümer, Creditor u. s. w. geworden ist, denn dies würde sich an sich nicht von dem Fall unterscheiden, wenn er aus einer andern Veranlassung dergleichen Rechte erworben hätte, sondern das Eigenthümliche ist, daß dieser Vermögenstheil zur Unterhaltung der Frau bestimmt ist, und da nun die rechtlichen Grundsätze darüber, wie eben gezeigt worden, juris publici sind, so muß auch das darauf basirte Recht der Frau an der dos zu den öffentlichen Rechten gehören, nach dem Grundsatze, daß die Rechte im subjectiven Sinne von einerlei Natur mit den Rechtsvorschriften sind, worin sie ihre Wurzel haben, und umgekehrt. Demgemäß treffen auch alle aufgestellten Merkmale der öffentlichen Rechte hier zu. Bevor indeß dies nachgewiesen wird, muß ich hier noch eine kurze Bemerkung anschließen. Das Rechtsmittel welches die Frau zur Geltendmachung ihres Rechts hat, ist die actio dotis oder rei uxoriae. Diese Klage kann nun zwar nur auf Herausgabe, nicht aber unmittelbar auf Anwendung der dos ihrer Bestimmung gemäß angestellt werden; allein einestheils kann ja die Frau unter Umständen auch während der Ehe Herausgabe der dos fordern, wenn durch Verarmung des Mannes Gefahr für die dos entsteht [252]), anderntheils kann die Frau sich immer scheiden lassen

---

lich, von der Frau zu verlangen, daß sie dem Mann das zu ihrer Unterhaltung gebe, was ihr ohnehin zu Gebote steht.

252) l. 24 pr. D. sol. matr. (24, 3) l. 29 C. de jur. dot. (5, 12)

und sich dadurch stets Anspruch auf Herausgabe der dos verschaffen; ihr steht also stets ein Mittel zu, um sich zu helfen, wenn sie findet, daß die dos nicht ihrem Zweck gemäß angewandt werde [253]).

Wenden wir uns jetzt zur Prüfung der Kennzeichen der öffentlichen Rechte in Beziehung auf das Dotalrecht der Frau, so kann diese zunächst nichts von ihrem Rechte durch Vertrag aufgeben. Schon die Bemerkung von Paulus: „Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat“ [254]), beweist dieses, ausserdem geht es aber bestimmt hervor aus dem Römischen Grundsatze hinsichtlich der pacta dotalia, daß die conditio mulieris nicht deterior gemacht werden dürfe [255]), ein Grundsatz, der hier recht eigentlich seine Anwendung findet. Daher kann z. B. die Frau nicht nach eingegangener Ehe [256]) mit dem Manne ausmachen, daß er die dos bei Auflösung der Ehe behalten soll [257]), ausgenommen auf den Fall, daß die Ehe durch Tod der Frau getrennt wird [258]), oder daß Kinder aus der Ehe entsprin-

---

253) Die späteren Bestimmungen über die Ehescheidung haben zwar darin Einiges geändert, aber hier ist es ja nur um die Grundansicht zu thun.

254) Consult. vet. ICti. IV.

255) l. 27 §. 2 D. de pactis (2, 14) l. 28 D. de jur. dot. (23, 3) l. 14 l. 17 D. de pact. dotal. (23, 4) l. 6 C. de pact. conv (5, 14).

256) Vor Schließung der Ehe ist ein solcher Vertrag gültig, denn da ist das Gegebene noch nicht dos. l. 17 §. 1 D. de jur. dot. (23, 3).

257) l. 69 §. 9 D. eod. l. 16 l. 27 D. de pactis. dotal. (23, 4)

258) l. 12 pr. D. eod. l. 6 C. de pact. conv. (5, 14).

gen [259]), oder wenn der Frau dagegen eben so viel von der donatio propter nuptias versprochen wird [260]), drei Ausnahmen, von denen eigentlich nur die mittlere diesen Namen verdient, weil bei der ersten und letzten die condictio mulieris nicht deteriorirt wird. Daher kann ferner die Frau wol ausmachen, daß die dos früher, nicht aber daß sie später als zur gesetzlichen Zeit herausgegeben werde [261]) und dergleichen mehr.

Was die Vererblichkeit des Dotalrechts der Frau betrifft, so müssen wir fürs erste von Justinians Neuerungen in dieser Lehre abstrahiren. Jenes Recht trat nun äusserlich wesentlich nur in dem mit der actio rei uxoriae geltend zu machenden Anspruch auf Rückgabe der dos hervor, von diesem Rückforderungsrechte waren aber die Erben gänzlich ausgeschlossen; dem Vater der Frau war es unter Umständen durchs jus publicum zugesichert, theils concurrirend mit der Frau, wenn beide die Ehe überlebt hatten, theils allein, wenn nur er noch übrig war, aber weder die Erben der Frau, noch des Vaters konnten die actio rei uxoriae anstellen oder sonst Herausgabe der dos verlangen, wenn nicht besondere Stipulationen vorhanden waren, ein Fall, von dem nachher die Rede seyn soll [262]).

---

259) l. 2 l. 24 D. de pact. dotal. (23,4) l. 48 D. sol. matr. (24,3) l. 7. pr. §. 1 D. de dot. prael. (33,4) l. 3 C. de pact. conv. (5,14).

260) l. 9. l. 10 C. eod.

261) l. 27 §. 2 D. de pactis (2,14) l. 14 – 19 D. de pact. dotal. (23,4) Ulp. Fragm. VI. §. 8.

262) Zum Beweise der aufgestellten Sätze will ich hier die ganze ältere Theorie über die gesetzliche Rückforderung der dos hersetzen. I. War die Ehe durch Tod der Frau getrennt worden und 1, der Vater lebte noch, so konnte dieser A.

War daher die Ehe durch Tod der Frau getrennt worden,

---

die dos profectitia unbedingt mit der actio rei uxoriae einklagen, gleich viel ob die Frau noch in seiner potestas oder sui juris gewesen war, jedoch fand dabei der Abzug, die retentio propter liberos Statt. B. Auf die dos adventitia hatte der Vater aber keinen Anspruch, diese verblieb dem Manne. 2, Lebte auch der Vater nicht mehr, alsdann behielt der Mann jede dos. Ulp. Fragm. VI §. 4. u. 5 l. 6 pr. D. de jure dot. (23,3) l. 5 D. de divort. (24.2) l. 10. pr. l. 59 D. sol. matr. (24,3) Aus l. 4 C. eod. (5,18) hat man beweisen wollen, daß der die Ehe überlebende Vater noch die potestas über die verstorbene Frau gehabt haben müsse, um die dos profectitia fordern zu können, aber die Stelle ist ein Reskript, und es kann also zufällig nur gerade in dem vorgelegten Fall potestas verhanden gewesen seyn; die l. 10 pr. und l. 59 D. cit. sagen ausdrücklich, daß es auf potestas nicht ankomme. II. Hatte dagegen die Frau die Ehe überlebt, mochte nun der Mann gestorben oder die Ehe geschieden seyn, dann kam es darauf an, ob ihr Vater noch lebte oder nicht. 1, Lebte der Vater nicht mehr, dann stand der Frau natürlich ganz allein die actio rei uxoriae auf die ganze dos zu l. 44 pr. D. sol. matr. 2, War aber auch noch der Vater am Leben, so hatte dirser A, nicht mehr die potestas über die Frau, alsdann hatte die Frau wieder die actio rei uxoriae allein, ohne Unterscheidung von profectitia und adventitia dos. Ulp. Fragm. VI. §. 6 l. 2 pr. l. 34 D. sol. matr. B, Stand aber die Frau noch in potestate, dann konnte nur Vater und Frau zusammen, kein Theil allein Herausgabe der dos fordern, gleichfalls ohne Unterscheidung von dos profectitia und adventitia. Ulp l. c. l. 2 §. 1—6 l. 22 §. 1 l. 34 D. sol. matr. l. 2 C. eod. Wenn jedoch einer der beiden Theile vor geschehener Rückforderung starb, dann fiel natürlich dem andern das Recht allein zu, l. 31 §. 2

dann verblieb die dos dem Manne [263]), ausgenommen I. wenn die dos profectitia war und der Vater der Frau noch lebte [264]), oder II. wenn die Rückgabe ausdrücklich stipulirt war [265]). Selbst, wenn die Frau oder ihr Vater die

---

1. 66 D. sol. matr. Auf die Erben eines Theils ging hingegen das Rückforderungsrecht nur dann über, wenn mora restituendi vorhanden, oder schon lis contestirt war, zwei sehr erklärliche Ausnahmen: Ulp. Fragm. VI §. 7 l. 31 §. 2 u. 3 D. sol. matr.

263) Ulp. Fragm. VI §. 4 u. 5.

264) Ulp. Fragm. VI §. 4.

265) Sich die Rückgabe der dos auszubedingen, gestattet das Römische Recht nur I, dem Geber der dos bei Constituirung derselben (dos receptitia, Ulp. Fragm. VI §. 5 l. 31 §. 2 D. de mort. caus. don.) und der Geber hat dann nach Verschiedenheit der Umstände die actio ex stipulatu oder praescriptis verbis auf Rückgabe, je nachdem er diese durch Stipulation, oder, was ihm auch frei steht, durch pactum ausbedungen hat, auch hat er die condictio sine causa, weil mit der Ehe die causa dotis aufgehört hat, l. un. §. 13 C. de rei uxor. act. (5,13) l. 6 l. 31 pr. C. de jure dot. (5,12) l. 1 C. de pact. conv. (5,14) l. 10 C. de pactis (2,3) l. 67 D. de jure dot. (23,3) l. 29 §. 1 D. de pact. dotal. (23,4) II, den beiden gesetzlich zur Rückforderung berechtigten Personen, also 1, der Frau selber l. 31 pr. C. de jur. dot. 2, dem Vater der Frau, welcher indessen den Vertrag nicht als pactum, sondern nur durch Stipulation schließen kann l. 6 C. de jur. dot. Es versteht sich indessen, daß diese Personen sich nur für den Fall die Rückgabe ausbedingen dürfen, wo sie ein gesetzliches Rückforderungsrecht erhalten können, daher muß die dos nicht schon receptitia seyn l. 31. pr. C. de jur. dot. l. 22 pr. D. sol. matr. (24,3) und daher kann sich auch kein Theil auf den Fall, wo er nur concurrirend mit dem andern die actio rei uxo

Ehe überlebt hatten, aber vor erfolgter Restitution der dos gestorben waren, konnten die Erben nicht an ihrer Stelle Herausgabe der dos verlangen, als wenn schon lis contestirt oder mora restituendi vorhanden war [266]). Daß alsdann die Erben dazu befugt waren, gründete sich sehr einfach darauf, daß nun das Rückforderungsrecht aus einem publicum jus in eine obligatio, also in ein Privatrecht verwandelt war, nämlich in eine obligatio ex litis contestatione [267]) und ex mora [268]). Dies war nun auch der Grund, weshalb im Fall der Stipulation, das

---

riae anstellen kann, ein ausschließliches Rückforderungsrecht ausbedingen l. 1 l. 7 D. pact. dotal. (23,4) Dagegen können diese Personen nicht bloß bei Constituirung, sondern auch nachher den Vertrag schließen l. 10 D. de sponsal. (23,1) l. 29 pr. D. sol. matr. (24,3) III, Demjenigen, dem es von einer der unter No. I u. II genannten Personen, unter den Umständen, wo diese selber dazu berechtigt wäre, erlaubt worden ist. l. 20 §. 1 l. 29 §. 2 D. pact. dot. (23,4) l. 19 l. 26 C. de jur. dot. (5,12) l. 4. C. de. pact. conv. (5,14).

266) Ulp. Fragm. VI §. 7. l. 31 §. 2 u. 3 D. sol. matr. (24,3) Auf diesen Fall ist auch l. 27. D. eod. zu beziehen, wie auch der Zusammenhang mit der vorhergehenden l. 26 D. eod beweist.

267) Gajus III §. 180 §. 1 J. de perpet. et temp. (4,12) l. 11. §.1 D. de novat. (46,2) l. 23 D. de solut. (46,3) l. 139 l. 164 D. de R. J. (50,17) l. 3 C. de novat. (8,42) Es ist bekannt, daß judicium sus- oder acceptum gerade dasselbe heißt als litis contestatio. Höchst merkwürdig ist hier noch gerade in Beziehung auf die dos l. 29. D. de novat.

268) l. 91 §. 3 l. 82 §. 1 l 24 l. 23 D. de V. O. (45,1) l. 5 D. de reb. cred. (12,1)

Recht die Rückgabe der dos zu verlangen, auf die Erben des Stipulanten, mochte dies die Frau selber oder ein Anderer seyn, überging [269]), denn durch den Vertrag war eine *obligatio* begründet worden, und diese war als Privatrecht transmissibel.

Das Resultat ist also, daß abgesehen von besonderen Stipulationen, das Dotalrecht der Fráu, so wie das dabei vorkommende accessorische Rückforderungsrecht des Vaters bis auf Justinian unvererblich war. Nehmen wir nun dazu, daß auch der Vater sein accessorisches Recht weder übertragen noch aufgeben kann [270]), so haben wir hier zwei Charaktere der öffentlichen Rechte erwiesen, und damit ist zugleich das dritte, eigentlich zu Grunde liegende Merkmal eines publicum jus, nämlich daß es streng an die Individuen Derer, denen es einmal gesetzlich zusteht, gebunden sey, hinlänglich gerechtfertigt. Das accessorische Recht des Vaters mag sich freilich wol zum Theil darauf gründen, daß die dos in Vermögensrechten besteht, also das Dotalrecht der Frau nach einer natürlichen Betrachtung als mit den Privatrechten verwandt gelten kann, daher die Römer hier auch in einer beschränkten Beziehung den Grundsatz: filiafamilias patri adquirit anwenden zu können geglaubt haben [271]),

---

269) l. 29 §. 1 D. de pact. dotal. (23, 4) l. 45 D. sol. matr. (24, 3) l. 6 C. de jur. dot. (5, 12).

270) Das Römische Recht nimmt hier jedoch die Sache nicht gar zu streng in Rücksicht des Aufgebens, und die oben hinsichtlich der Frau vorgekommene Ausnahme, daß dem Mann die dos auf den Fall, daß Kinder aus der Ehe entsprüngen, zugesichert werden dürfe, ist auch hier ausdrücklich sanctionirt: l. 12 pr. l. 23 l. 24 l. 26 pr. §. 2 D. de pact. dotal. (23, 4) l. 48 D. sol. matr. (24, 3) l. 6 C. de pact. conv. (5, 14).

271) l. 7 D. de pact. dot. (23, 4) deutet darauf hin.

allein ausschließlich beruht es doch nicht darauf, denn wenn die Ehe durch Tod der Frau getrennt worden ist, steht ja auch ohne Rücksicht auf potestas dem Vater ein Recht an der dos profectitia zu.

Wenden wir uns jetzt zu der Bestimmung Justinians, daß anstatt der alten actio rei uxoriae stets die actio ex stipulatu Statt finden, daß diese Klage jedoch wie jene bonae fidei seyn solle u. s. w. [272]), so scheint dies auf den ersten Blick ein närrischer Einfall der Neuerungssucht unseres Flavius oder seines verehrlichen Exquästors zu seyn; man wird versucht zu glauben, die ganze Sache sey eine leere Spielerei und derselbe Zweck habe sich eben so gut ohne solche Verrenkung der Begriffe durch ein Paar untergeordnete Modificationen erreichen lassen. Allein hier glaube ich doch etwas zur Ehrenrettung Tribonians beitragen zu können und zu müssen. Jene Bestimmung hat gewiß einen sehr feinen Sinn, und kann in der That jeder noch so ächt juristischen Fiction der Prätoren an die Seite gesetzt werden. Weil doch das Dotalrecht der Frau und ihres Vaters, da es das Vermögen betrifft, am natürlichsten unter die Vermögensrechte gesetzt wird, so erschien es Justinian oder seinem geheimen Cabinetsminister mit Recht als eine Subtilität der früheren Zeit, jenes Recht als ein publicum jus zu behandeln, und deshalb die Erben davon auszuschließen. Um aber nicht gegen den überall streng festgehaltenen Grundsatz daß öffentliche Rechte nicht vererbt werden, zu verstoßen, verwandelte man jenes Dotalrecht, wie es so nahe lag, in ein Privatrecht. Dies ist der eigentliche cardo rei. Daher ward zuerst im Jahr 529 das Dotalrecht der Frau für ein während der Ehe

---

272) l. un. C. de rei uxor. act. (5, 13).

ruhendes, natürliches Eigenthum erklärt, und demgemäß wurden zugleich auch auf die Erben übergehende Klagrechte, die rei vindicatio und die actio hypothecaria daran geknüpft [273]). Weil aber dies doch nur genügte, wenn die dos in Sachen bestand, und diese noch existirten, so gieng man im Jahr 530 einen Schritt weiter, und erklärte das gesetzliche Rückforderungsrecht der Frau und ihres Vaters gegen den Mann oder seine Erben für eine obligatio, indem man bestimmte, daß stets eine Stipulation fingirt werden solle, wo man sonst die actio rei uxoriae gehabt hätte [274]). Dabei sind nun freilich die actio hypothecaria und die Vorschrift daß die actio ex stipulatu doch auch bonae fidei seyn soll, häßliche Inconsequenzen, allein die letztere war nothwendig, wenn man nicht einen Theil in deteriorem conditionem versetzen wollte, und man vermied wenigstens durch diese kleinere Inconsequenz die viel größere ein publicum jus für erblich zu erklären; für die erstere aber weiß ich allerdings keinen Grund als die der Justinianischen Legislation eigenthümliche, vielleicht von der Theodora ausgehende Richtung auf Begünstigung des weiblichen Geschlechts anzusehen. Dies ist aber auch Nebensache; im Wesentlichen hat gewiß Justinian sehr zweckmäßig gehandelt, daß er das Dotalrecht auf eine naturgemäßere Construction zurückgeführt hat, und daher ist es nun ganz folgerecht durchgehender Grundsatz des neueren Rechts, daß der Mann niemals die dos behält [275]), sondern daß diese

---

273) l. 30 C. de jur. dot. (5, 12).

274) l. un. pr. §. 1 u. 13 C. de rei. uxor. act. (5, 13)

275) Ausgenommen bleibt natürlich der Fall, wenn der Mann sich ausdrücklich /ausbedungen hat, die dos zu behalten,

immer, wenn nicht ein anderer dazu Berechtigter sich die Rückgabe stipulirt hat, an die Frau oder ihren Vater, oder deren Erben restituirt werden muß [276]). Eben deshalb wird aber auch nicht ganz unzweckmäßig die dos heut zu Tage bei den Vermögensrechten abgehandelt, doch giebt es auch wieder nicht geringe Gründe dagegen, indem Justinian in einer andern Beziehung noch keineswegs das publicum jus aus der Lehre von der dos gänzlich ausgemerzt hat, wie im folgenden Paragraphen erhellen soll.

§. 26.

Oben ist gesagt worden, daß auch in Beziehung auf die Bestellung der dos ein publicum jus vorkomme. Damit steht es so: Bekanntlich sind zur Dotation der Vater und die väterlichen Adscendenten der Frau, und nach neuerem Recht auch unter Umständen die Mutter derselben, gesetzlich verpflichtet. Dies ist eine Bestimmung des jus publicum, wie wir daraus ersehen, daß das aus dieser Bestimmung entspringende Recht des Schwiegersohns auf Bestellung der dos, ein publicum jus, nämlich im subjectiven Sinne, genannt wird; denn so sagt Demipho beim Terenz zu seinem Schwiegervater, der ihm die dos verweigert:

Quid est? num iniquum postulo?
An ne hoc quidam adipiscar ego, quod *jus publicum* est? [277])

---

wo dies gültig geschehen kann: l. un. §. 6 C. de rei uxor. act.(5, 13) Siehe oben Not. 258, 259, 260, 270.

276) l. un, §. 4 u. 6 C. de rei uxor. act. (5, 13)

277) Terent. Phormio Act. II. Scen. 3 vers. 64 u. 65.

und man wende mir nicht etwa ein: dies sey nur die Aeusserung eines ungenauen Dichters, denn ich habe hier gleich wieder meine so vielfach erprobten Charaktere der öffentlichen Rechte in Bereitschaft. Beschränken kann zwar der Mann sein gesetzliches Recht durch Vertrag, aber es gänzlich aufgeben kann er nicht [278]). Von Uebertragung dieses Rechts kann der Natur der Sache nach nicht die Rede seyn; eine in dotem constituirte Forderung kann zwar an Andere cedirt werden, aber das Recht auf Constituirung der dos selber durchaus nicht, weil dies bei Dritten gar keinen Sinn hat. Aus gleichem Grunde ist auch die Vererbung dieses Rechts ausgeschlossen, denn mit dem Tode des Mannes hat ja der ganze Grund der Dotation aufgehört, und es kommt daher meines Wissens nicht einmal vor, daß die Erben des Mannes, die wegen mora des zur Dotalbestellung Verpflichteten nicht gegebene dos nachfordern könnten. Damit ist denn auch zugleich die Individualität des Subjekts jenes Rechts erwiesen. Allein dieser ganzen Deduktion scheint entgegen zu stehen, daß, wenn der Ehemann noch in patria potestate steht, er den Anspruch auf Dotation seinem paterfamilias erwirbt. Dies hat unstreitig seinen Grund darin, daß jener Anspruch Vermögensverhältnisse betrifft, und die Römer daher die Verwandtschaft mit dem Privatrechtlichen nicht ganz haben vergessen können, was hier um so natürlicher ist, da dem paterfamilias ja das onus matrimonii obliegt; allein wahrhaft dem unter dem paterfamilias stehenden Familienvermögen wird doch jenes Recht auf Dotalbestellung nicht adquirirt, denn wenn der

---

278) l. 10 l. 11 l. 20 §. 1 D. de pactis dotal. (23 . 4) l. 79 §. 1 D. de jure dot. (23, 3) l. 31 §. 1 D. sol. matr. (24, 3).

paterfamilias des Ehemanns vor diesem stirbt, so fällt so wenig der Anspruch auf Constituirung einer dos, als die constituirte dos selber an die sämmtlichen Erben des paterfamilias, sondern ausschließlich an den jetzt sui juris gewordenen Ehemann, oder wenn dieser ein Enkel des Verstorbenen war, an seinen nunmehrigen paterfamilias. Das Recht des Vaters der die potestas über den Ehemann hat, ist daher nur ein accessorisches publicum jus.

Diese hier entwickelte Natur der Befugniß des Ehemanns, eine dos zu verlangen, wird nun noch durch eine Vergleichung mit der gesetzlichen Alimentationspflicht bestätigt. Adscendenten und Descendenten haben gegenseitig die Verbindlichkeit, sich unter gewissen Bedingungen zu alimentiren; wenn aber eine Descendentin heirathet, so geht diese Verbindlichkeit auf ihren Ehemann über, allein da dieser wieder berechtigt ist, die Mittel dazu von den Adscendenten der Frau zu verlangen, so ist die ganze gesetzliche Verpflichtung zur Dotation nur eine Modification der Pflicht der Adscendenten zur Alimentation. Nun aber glaube ich, daß auch die Alimentationsverbindlichkeit von den Römern als publici juris betrachtet worden sey, indem man dieselbe in einem gewissen Umfange als ein wesentliches Rechtsverhältniß an den Verwandtschaftsnexus knüpfte. Ausdrückliche Zeugnisse dafür weiß ich zwar nicht beizubringen, allein die Natur der Sache führt darauf. Der Anspruch auf Alimente ist durchaus an das Individuum des hülfsbedürftigen Verwandten gebunden, da er rein durch persönliche Verhältnisse bedingt ist, und von Vererbung kann daher gar nicht die Rede seyn, nicht einmal dies findet sich, daß die Erben die aus Verzug noch nicht entrichteten gesetzlichen Alimente nachfordern könnten. Daß ferner die gesetzliche Alimentationsforderung nicht aufgegeben oder auf Andere übertragen werden könne,

habe ich zwar nirgends ausgesprochen gefunden, allein wenn wir auch davon absehen, daß Uebertragung hier offenbar der ganzen Bestimmung dieses Rechts zuwider seyn würde, so läßt sich dennoch die Unveräußerlichkeit dieses Anspruchs zum höchsten Grade der Wahrscheinlichkeit erheben. Bekanntlich hat der Kaiser Markus Antoninus Denen, welchen durch Vermächtniß oder donatio mortis causa Alimente hinterlassen sind, darüber ohne Zuziehung der Obrigkeit zu transigiren verboten [279]). Transact heißt aber hier nicht vertragsmäßige Beilegung eines Rechtsstreits, sondern jeder die Alimentenforderung modificirende aufgebende oder übertragende Vertrag. Hier dringt sich aber die Frage auf, wie man darauf gekommen sey, Denen, welche aus einer letzten Willensordnung Alimente zu fordern haben, aber auch gerade nur diesen, die einseitige Schließung eines solchen Transacts zu verbieten. Als Grund wird angegeben: „Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti, Divus Marcus et rel.“ [280]). Allein es ist in der That gar nicht abzusehen, weshalb dieser Grund nicht eben so gut bei den gesetzlichen Alimentenforderungen hätte begründet seyn sollen; viel näher liegt es daher, die stillschweigende Uebergehung der Letztern darin zu suchen, daß dabei schon ohnehin die Unveräußerlichkeit vermöge ihrer Natur als öffentliche Rechte statt fand, und Antonins Bestimmung ist also nichts als ein analoges Herüberziehen gewisser bei den gesetzlichen Alimenten geltender Grundsätze auf die durch letztwillige Verfügung hinterlassenen Alimente. Zwar heißt es: „Plane de alimentis

---

279) l. 8 D. de transact. (2,15)

280) l. 8 pr. D. eod.

quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi [281]). Aber dieſe Bemerkung wird gewiß mit Recht auf vertragsmäßige Alimente beſchränkt, denn darauf deuten ſchon die Worte: „quae non mortis causa donata sunt,“ wo der Gegenſatz: „quae inter vivos donata sunt,“ in die Augen ſpringt, auch iſt die ratio legis nur bei dieſen nicht anwendbar; wer nämlich ſo klug geweſen iſt, ſich vertragsmäßig Alimente zu erwerben, dem kann man in der Regel auch gerne die freie Dispoſition über dieſes ſein erworbenes Recht laſſen, ohne daß ſeine Gefährdung zu beſorgen ſtünde. Hingegen die geſetzlichen und letztwilligen Alimente kommen am häufigſten bei personae miserabiles, bei Hülfsbedürftigen, durch Jugend oder Alter ſchwachen Perſonen vor. Wie feſt überdies die geſetzliche Alimentationsverbindlichkeit den Römern an das Verwandtſchaftsband geknüpft erſchien, geht daraus hervor, daß ſie ſogar dem paterfamilias, der die potestas über ſeine Kinder hat, dieſen nicht willkührlich die Alimente zu entziehen geſtatten [282]).

§. 27.

IX. Von einigen untergeordneten juribus publicis des Familienrechts.

I. Donatio propter nuptias. Bei dieſem wunderlichen, nur dem neueren Rechte angehörigen Inſtitut, kann der ganzen Natur deſſelben zufolge kaum von jus publicum die Rede ſeyn; denn auf Conſtituirung einer donatio propter nuptias hat nach der richtigern Anſicht un-

---

281) l. 8 §. 2 D. eod.

282) l. 5. §. 11 D. agnosc. et al. lib. (25, 3).

streitig niemand ein Recht, sondern diese ist durchaus merae facultatis. An der constituirten donatio propter nuptias aber hat wesentlich nur der Mann Rechte, und zwar Privatrechte; er ist Eigenthümer und Creditor in Rücksicht der zur d. p. n. gehörigen Sachen und Forderungen, und Inhaber der jura in re [283]) und er hat daher Besitz, Verwaltung und Benutzung derselben [284]); die Frau dagegen hat an und für sich gar kein Recht daran, als allenfalls die untergeordnete Befugniß, bisweilen während der Ehe Herausgabe derselben zu ihrem Unterhalt verlangen [285]), und bei leichtsinniger Scheidung von Seiten des Mannes dieselbe als Strafe einziehen zu können [286]). Sonst bekommt die Frau nur etwas von der d. p. n., wenn es ihr vertragsmäßig zugesichert worden ist, und wenn dieses nicht geschehen, so verbleibt letztere

---

283) Daß dem Manne diese Rechte zustehen, ergiebt sichdar aus, daß nach Nov. 61 der Mann den fundus propter nuptias donatus nicht soll veräussern dürfen, und daß, wo nach aufgelöster Ehe die Frau die d. p. n. bekommt, der Anfall ipso jure geschehen soll. Die d. p. n. wird ja auch stets patrimonium des Mannes genannt, und dagegen ein lucrum nuptiale für die Frau, wenn sie dieselbe bekommt, so wie die dos ein lucrum nuptiale für den Mann genant wird, wenn er diese bei Auflössung der Ehe behällt.

284) Daß der Mann Besitz, Verwaltung und Benutzung habe, erhellt daraus, daß in den Fällen, wo die Frau während der Ehe Herausgabe der dos zu ihrem Unterhalt fordern kann, sie auch Herausgabe der d. p. n. zu gleichem Zwek soll verlangen können. l. 29 C. de jur. dot. (5,12).

285) l 29 C. cit.

286) l. 8 l. 11 C. de repud. (5,17) Nov. 117 c. 13 Nov. 127 c. 4.

bei Auflösung der Ehe dem Mann oder dessen Erben als Eigenthümern. Nur also in ein Paar höchst untergeordneten Beziehungen kommt hier ein Recht vor, welches man allenfalls als ein publicum jus betrachten kann. Daß die Römer es wirklich so angesehen haben, läßt sich freilich bei diesem gar nicht recht bestimmt und scharf ausgebildeten Institut nicht streng erweisen; da indessen die pacta dotalia über dos und donatio propter nuptias so weit möglich gleich seyn, und dabei, wie ausdrücklich bemerkt wird, die Grundsätze über Ungültigkeit der pacta dotalia auch in dieser Beziehung zur Anwendung kommen sollen [287]), so kann man wol mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß auch ein Vertrag, wodurch die Frau ihren gesetzlichen Rechten an der d. p. n. entsagte, also ihre conditio deterior machte, als contra bonos mores von den Römischen Kaisern verworfen worden wäre. Vererbung ist hier überhaupt undenkbar, und somit darf man auch wol in dem Rechte der Frau an der propter nuptias donatio eine Spur des publicum jus zu finden wagen.

II. Donatio inter virum et uxorem. Was im vorigen Abschnitt nur aus vagen Andeutungen geschlossen werden konnte, tritt hier dagegen desto schärfer hervor. Daß die Schenkungen zwischen Ehegatten ungültig seyn sollen, wird als ein Grundsatz des jus publicum angesehen, denn die Römischen Juristen stellen uns das allgemeine Beste als dabei interessirt dar, und gründen auch die Ungültigkeit dieser Schenkungen ausdrücklich auf dem

---

287) l. 9 C. de pact. conv. (5, 14) . . . . „et si pactum contra vetitum fuerit subsequutum, infirmum atque invalidum hoc esse . . . . praecipimus. et rel“

Honestum [288]). Das Recht des schenkenden Theils, seine gemachte Schenkung zurückzufordern, hat also seine Wurzel im jus publicum, ist ein öffentliches Recht, und kann daher weder durch Vertrag aufgegeben [289]), noch vererbt werden. Stirbt der Schenker ohne Revokation, so verbleibt bekanntlich dem Beschenkten, was er empfangen hat [290]), und die Erben des Verstorbenen sind keineswegs befugt, darauf Anspruch zu machen, höchstens steht den Erben des verstorbenen Mannes die retentio propter res donatas zu [291]), was nicht einmal bei den von Seiten der Frau gemachten Schenkungen vorkommen kann. Diese Unvererblichkeit der Rückforderung der Schenkungen zwischen Ehegatten ist auch unstreitig nicht erst durch die Oratio Alexander Severs, von welcher Ulpian, der wol der Urheber seyn mag, so ausführlich handelt [292]), eingeführt worden. Sever hat nur ausgesprochen und sanktionirt, was sich aus der Natur des publicum jus ergiebt, indem man früher einiges Bedenken hatte, den Erben geradezu auszuschließen, da doch die Schenkung als contra jus publicum eigentlich ipso jure nulla ist [293]), also das Geschenkte gar nicht aufgehört hat, Vermögen des Schenkers zu seyn, und deshalb — blos nach privatrechtlichen Grundsätzen behandelt — auch auf seinen Erben übergehen müßte. Daß wirklich ein solcher Zweifel Statt gefunden habe, ergiebt sich eines Theils aus Severs Bestimmung selber, anderntheils daraus, daß eine Stelle von Paulus,

---

288) l. 1 — 3 pr. D. de donat. int. V. et U. (24, 1).
289) l. 5 §. 1 l. 20 pr. D. de pact. dotal. (23, 4).
290) l. 18 C. de donat. int. V. et U. (5, 16).
291) l. 15 §. 1 D. sol. matr. (24, 3).
292) l. 32 D de dpnat. int. V. et U. (24, 1).
293) l. 3 §. 10 D. eod.

worin auch die Erben von der Rückforderung ausgeschlossen werden, in den Titel: „de rebus dubiis“ gesetzt worden ist [294]), und endlich aus der den Erben des Mannes eingeräumten retentio propter res donatas [295]). Wenn übrigens nach Severs Verordnung, bei wirklich geschehener Revocation aber noch nicht erfolgter Rückgabe des Geschenkten, auch die Erben das Recht der Einforderung haben sollen [296]), so hat dies einen sehr guten Grund, denn alsdann ist eine obligatio ex mora vorhanden.

III. Mores. Es ist bekannt, daß nach älterem Recht, wenn ein Ehegatte [297]) sich mores hatte zu Schulden kommen lassen, dem andern daraus ein Anspruch auf eine Vermögensstrafe entsprang, welche sich auf die dos bezog [298]) und durch die actio oder das judicium de mo-

---

294) l. 8 D. de reb. dub. (34,5)

295) Daß Justinian diese Retention abgeschafft hat l. un. §. 5 C. de rei uxor. act. (5,13) ändert hier natürlich nichts. Diese retentio steht übrigens besonders der Fiction einer donatio mortis causa entgegen, wodurch man es gewöhnlich erklären will, warum die Erben die Schenkung nicht zurückfordern können. Wäre die Schenkung wirklich convalescirt, dann könnte auch keine retentio zulässig seyn, aber nur das Revocationsrecht geht nicht auf die Erben über. Es wäre sogar wol möglich, daß die Erben früher ganz allgemein retiniren durften, wenn sie in den Besitz des Geschenks gekommen waren, und daß es eigentlich dies sey, was Sever abgeschafft hat.

296) l. 32 §. 4 D. de don. int. V. et U. (24,1)

267) Wo beide Theile schuldig waren, trat Compensation ein l. 39 l. 47 D. sol. matr. (24,3)

298) Ulp. Fragm. VI. §. 12 u. 13. I. Gothofredus ad leg. 1 C. Th. de jur. dot. und mit ihm Schulting ad Ulp.

ribus eingeklagt [299]), vom Mann aber auch durch retentio propter mores geltend gemacht werden konnte [300]), bis Justinian sowol actio als retentio propter mores aufhob [301]).

Da nun das Eherecht ein Theil des jus publicum ist, und da auch der Staat sehr unmittelbar bei den guten Sitten der Eheleute interessirt ist, so streitet schon an sich die Vermuthung dafür, daß auch die Lehre von den mores, worauf sogar der Name hinführt, ins öffentliche Recht gehöre. Diese aus allgemeinen Gründen geschöpfte Vermuthung wird nun auch durch die speciellen Kennzeichen der öffentlichen Rechte vollkommen bestätigt, indem wir finden, daß das einem Ehegatten auf Bestrafung der mores des andern zustehende Recht streng an seine Person geknüpft sey, und daher weder durch Vertrag aufgegeben [302]) noch vererbt werden könne. Letzteres geht sogar so weit, daß dem Erben nicht einmal die retentio propter mores gestattet wird, denn heißt es: „morum coercitionem heres non habet“ [303]).

---

l. c. No 38 schließen aus Stellen von Plinius, Plutarch und Valerius Maximus, daß früher wegen mores graviores der Frau nicht wie Ulpian berichtet nur ein Theil der dos, sondern die ganze an den Mann gefallen sey, aber die Stellen beweisen es alle in der That durchaus nicht.

299) l. 29 l. 47 D. sol. matr. (24, 3) l. 11 §. 3 D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) l. un. C. Th. vict. civil. et crim. ag. (9, 20)

300) Ulp. Fragm. VI. §. 10 u. 12.

301) l, 11 §. 2 C. de repud. (5, 17) l. un. §. 5 C. de rei. uxor: act. (5, 13).

302) l. 5. pr. D. de pact. dotal. (23, 4)

303) l. 15 §. 1 D. sol. matr. (24, 3)

IV. Beneficium competentiae des Mannes bei Restitution der dos.

„Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit“ [304]) sagt Modestinus in Beziehung aufs eheliche Verhältniß. Daher gestattet das jus publicum, welches den Weibern den Brautschatz bei aufgelöster Ehe zuerkennt, doch nicht, daß dieselben so ganz contra receptam reverentiam den Mann bis auf Heller und Pfennig ausklagen und verfolgen [305]). Das dadurch für den Mann begründete beneficium competentiae ist nun ein öffentliches Recht, da es seine Wurzel im jus publicum hat; es ist also auch ans Individuum geknüpft, und der Mann kann demselben nicht entsagen, ein solcher Vertrag wird ausdrücklich contra bonos mores genannt [306]). Eben so wenig ist dieses Recht vererblich, in mehreren Stellen wird aufs Bestimmteste dem Erben des Mannes, wenn er auf Restitution der dos belangt wird, das beneficium competentiae abgesprochen [307]).

V. Endlich finden wir sogar eine Spur des publicum jus in der Ungültigkeitserklärung der Verträge, wodurch man den Ansprüchen wegen res amotae entsagt, oder dem Grundsatz: daß die impensae necessariae ipso jure die dos vermindern [308]), derogirt. Nach aufgehobener Ehe können allerdings die aus ehelicher Bestehlung

---

304) l. 42 pr. D. de ritu nupt. (23.2)

305) l. 14 § 1 D. sol. matr. (24, 3)

306) l. 14 §. 1 cit.

307) l. 12. l. 1 §. D. eod.

308) §. 37 J. de act. (4,6) l. 5 §. 2 D. de pact. dot. (23,4) l. 1 §. 2 l. 5 pr. l. 15 D. de impens. in res dot. fact. (25 1)

und aufgewandten Kosten u. s. w. hervorgegangenen Ansprüche erlassen werden [309], vorher aber durchaus nicht [310], auch würden dem pactum: ne rerum amotarum agatur dieselben Gründe als dem Vertrage: ne furti agatur entgegenstehen. Weil indessen die res amotae und die impensae wesentlich nur Vermögensansprüche begründen, bei denen das allgemeine Beste sehr wenig interessirt ist, und die auch nicht als wichtige Verhältnisse in der Ehe hervortreten, so ist hier das publicum jus in den Hintergrund gestellt. Daher findet hier auch Vererbung statt; bei der Verminderung der dos ipso jure durch die impensae necessariae ist dies nohtwendig, weil die verminderte dos doch nicht grösser als sie ist auf den Erben übergehen kann, aber auch hinsichtlich der actio rerum amotarum ist die Vererblichkeit ausgesprochen [311].

§. 28.

Es sind nun die Charaktere des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Rechte umständlich abgehandelt, und durch alle ins jus publicum einschlagende Lehren so genau und sorgfältig als möglich durchgeführt worden, und doch darf ich mich am Ende nicht wundern, wenn man noch frägt: was denn nun eigentlich jus publicum sey; denn es leuchtet freilich ein, daß durch die Entwickelung: wie die Römer bei einer Anzahl Rechte gewisse Besonderheiten streng festgehalten haben, noch nicht unmittelbar dargethan sey, warum dies geschehen, und welches das eigenthümliche, diese Gleichförmigkeit bestimmende Wesen dieser

---

309) l. 20 pr. D. de pact. dot. (23, 4)

310) l. 5 §. 1 u. 2 D. eod.

311) l. 6 §. 3, 5, 6, l. 2 §. 5 D. de act. rer. am. (25, 2) l. 15 §. 1 D. sol matr. (24, 3)

Rechte sey; auch kann man darüber gerade hier um so eher in Zweifel seyn, da die zusammen das Römische jus publicum bildenden Lehren auf den ersten Blick zum Theil gar keine innere Verwandtschaft mit einander zu haben scheinen. Allein jetzt glaube ich endlich darüber genügenden Aufschluß geben zu können, und diese Erörterung mag gleich der Moral in der Erzählung den Beschluß der Untersuchungen über das öffentliche Recht machen.

Jus publicum ist nach den Begriffen der Römer nichts als die bis in die feinsten Theile durchgeführte Verfassung des Staats. Die Römer denken sich nämlich, wie schon wiederholt bemerkt worden ist, die Menschen zu gegenseitiger Hülfe und Ergänzung in Staaten, und in diesen wieder in allerlei kleineren Verbindungen von verschiedenem Umfange, in Communen, Corporationen, Familien u. s. w. vereinigt, und die Organisation und Construction aller dieser Verbindungen ist Gegenstand des jus publicum. Es gehört also in dieses

I. die Organisation des Staates im Ganzen, und diese hat folgenden Inhalt:

1) Die Bestimmungen über das Wesen des Staates und über seine Fundamentalrechte, sowol gegen die Unterthanen als in anderer Beziehung.

2) Die Bestimmungen über die verschiedenen Behörden, welche den Staat repräsentiren, seine Funktionen ausüben und seine Rechte geltend machen sollen. Dahin gehört also:

A. die Abgränzung ihres Geschäftskreises, theils nach den Gegenständen, theils nach den Personen, theils endlich nach geographischen und localen Beziehungen in Provinzen, Distrikte Sprengel u. s. w.

B. Die Festsetzungen ihrer Funktionen, ihrer Rechte und ihrer Pflichten gegen den Staat, wie gegen die ihnen untergebenen Staatsbürger.

C. Die Zusammensetzung und Einrichtung derselben und die Bestimmung der Art und Weise ihrer Ernennung, der Dauer ihrer Amtsführung und der wesentlichen Principien ihrer Wirksamkeit.

3) Die Bestimmungen über die verschiedenen Institute, Anstalten, Vorkehrungen und Einrichtungen, welche zur Erreichung des Staatszwecks und zur Beförderung desallgemeinen Bestens bestimmt sind. Dies ist natürlich eine sehr umfassende Lehre. Hierher auch das jus sacrum oder pontificium, indem gehört das ganze Religionswesen den Römern wesentlich nur als eine Staatsanstalt erschien, und ferner die Lehre vom Proceß- und Gerichtswesen, soweit diese publici juris ist.

4) Die Bestimmungen über die rechtliche Stellung und Bedeutung der Bestandtheile des Staates im Staate. Diese Bestandtheile sind aber doppelter Art:

A. Solche, um derentwillen die ganze Staatsverbindung da ist, die Personen;

B. Solche, welche als Mittel für die Existenz der Staatsverbindung dienen, die Sachen.

Daher gehören hierher nun

A. Die Abgrenzung der Personen von den Sachen. Bei uns fällt hier die Grenze mit dem Gegensatz von Mensch und jedem nichtmenschlichen Körper zusammen, allein die Römer stellen einen Theil der Menschen, die Sklaven, zu den Sachen.

B. Die Bestimmungen über das eigentliche rechtliche Wesen der Personen und ihrer verschiedenen Stellung im Staate, also:

a) die Festsetzung der Staatsbürgerrechte, der jura status civitatis, d. h. der Rechte, deren Inbegriff die rechtliche Existenz des Staatsbürgers ausmacht.

b) Die Eintheilung der Staatsbürger. Die Bestimmungen darüber sind aber wiederum doppelter Art:

α. theils nämlich betreffen sie die Abgrenzung dieser Eintheilungen selber, indem entweder natürliche Verschiedenheiten nach Geschlecht, Alter, Gesundheit u. s. w. befolgt, oder wie es hinsichtlich der Hermaphroditen geschehen ist, juristisch vernichtet, oder auch rein positive Distinktionen, z. B. in cives optima und non optima lege aufgestellt und die Bedingungen festgesetzt werden, wodurch das Gehören zu einer oder der andern dieser Klassen bestimmt werden soll;

β. theils aber betreffen sie die rechtlichen Folgen, worin sich jene natürlichen oder rein positiven Verschiedenheiten juristisch äußern sollen. (Jura singularia im eigentlichen Sinne).

II. Die Organisation der verschiedenen Verbindungen der Staatsbürger im Staate. Hier ist Alles ungefähr eben so wie beim Staat im Ganzen; die hierher gehörigen Bestimmungen betreffen also auch wieder:

1) das Wesen jeder Verbindung im Ganzen, also

A. ihre Zusammensetzung;

B. die Festsetzung ihrer Fundamentalrechte. Die Grundsätze darüber haben aber nicht bloß

a) die Bestimmung dieser Rechte selber zum Gegenstande, sondern auch

b) die Bestimmung, ob eine Verbindung überhaupt als solche Rechte haben, ob sie eine

juristische Person im eigentlichen Sinne seyn soll, oder nicht; denn es giebt außer den collegiis et corporibus illicitis auch noch erlaubte Verbindungen, welche als Ganzes keine Rechte haben, wie die Familien im weiteren Sinne, der Inbegriff der Agnaten oder Cognaten.

2) Die Vertretung und die Ausübung und Geltendmachung der Rechte und Funktionen der Verbindung theils durch die Gesammtheit selber, theils durch Beamte und Vorsteher u. s. w.

3) Das Verhältniß und die Rechte der Mitglieder theils unter sich, theils in Beziehung auf die Gesammtheit. Diese Rechte sind hier gerade das, was die jura status civitatis für den Staatsbürger im Großen sind.

So gefaßt, dünkt es mir nun gar nicht so sonderbar, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag, das Familienrecht als Theil der Staatsverfassung zu betrachten. Daß die Römer dabei so weit gegangen sind, sogar gewisse Vermögensverhältnisse ins jus publicum hineinzuziehen, bleibt freilich immer eine große Eigenthümlichkeit, aber wie oben gezeigt worden, haben sie ja auch selber später das Seltsame dieser Ansicht gefühlt, und dieses unnatürliche Verhältniß so viel möglich zu verbessern gesucht.

Zweites Buch.

Privatrecht.

§. 29.

Die hier vorzunehmende Untersuchung hat, mit derjenigen verglichen, welche den Gegenstand des vorigen Buches ausmachte, eine ganz entgegengesetzte Richtung. Dort war es die Aufgabe, den Beweis für die Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit der als jura publica aufgestellten Rechte zu führen, hier ist dagegen zu zeigen, wie gerade das Gegentheil bei allen den Rechten Statt finde, welche in der Einleitung als Privatrechte angegeben worden sind. Bei einigen dieser letztern ist nun freilich ihr von dem der öffentlichen Rechte so verschiedener Grundcharakter zu offenbar und auch zu anerkannt, als daß er einer besonderen Nachweisung bedürfte, bei andern hingegen tritt die abweichende rechtliche Natur derselben nicht so bestimmt hervor, so daß hier eine sorgfältige Erörteruug allerdings nicht als überflüssig erscheinen kann. Indessen ist doch in diesem Buche die Arbeit auf keinen Fall weder so umfas-

send, noch so schwierig als im vorigen, einestheils weil der Gegenstand beschränkter ist, anderntheils weil die Beweise mehr auf der Oberfläche liegen.

§. 30.

I. Besitzrechte.

Als ein durchs jus publicum begründetes Fundamentalrecht sämmtlicher Rechtssubjecte haben wir oben die Befugniß kennen gelernt, in einem gewissen Grade und Umfange juristisch unveränderte Fortdauer des vorhandenen Besitzstandes verlangen zu können. An und für sich aber ist dieses Fundamentalrecht eben so wie jus commercii, connubii, honorum et postulandi, noch nichts als eine bloße rechtliche Möglichkeit, die erst, wenn man wirklich einen Besitzstand erlangt hat, ihre Wirkungen äussert. Diese, schon oben grösstentheils angegebenen Wirkungen, die hauptsächlich in dem Recht auf Selbstvertheidigung und in dem Anspruch auf richterlichen Schutz durch Interdikte hervortreten, wozu im Römischen Recht unter Umständen aber noch die zugleich jus commercii voraussetzende Befugniß, durch fortgesetzten Besitz noch andere Privatrechte zu erwerben, gesellt ist, sind es, welche wir durch den Namen der Besitzrechte oder jura possessionis bezeichnen. Hier entsteht nun die Frage, ob diese Besitzrechte den öffentlichen oder den Privatrechten beizuzählen sind. Meine Antwort liegt schon in der Stellung, welche ich diesen Rechten in meinem System gegeben habe, und ich glaube diese Ansicht rechtfertigen zu können. Bei der im Allgemeinen Jedem zustehenden Befugniß, seine jura possessionis aufzugeben und auf Andere zu übertragen, will ich mich gar nicht aufhalten, da diese gar zu ausgemacht ist; aber auch die Vererblichkeit der Besitzrechte ist aufs Bestimmteste im Römischen Rechte ausgesprochen.

Das factum possessionis ist zwar etwas, was der Natur der Sache nach nicht vererbt werden kann, aber ist dieses factum durch die hereditas jacens bis an den Erben gelangt, dann geht auch die ganze juristische Qualität des Besitzes mit allen ihren Wirkungen, so wie sie bei dem Erblasser existirte, eben durch die hereditas [1]) auf den Erben über [2]). Man wende mir auch nicht etwa ein, dies sey blos eine hinsichtlich der Usucapion angenommene Besonderheit, eine Meinung, zu der sogar Papinian verleiten könnte, wenn er von der Fortsetzung der Usucapion in der hereditas jacens sagt: „sed haec jure singulari recepta sunt“ [3]). Zunächst gilt dasselbe auch von der longi temporis possessio [4]), und überhaupt ist die Vererblichkeit der Besitzqualität ganz allgemein; denn so wird ja auch der Erbe dessen, der alieno nomine besaß, nur nudus detentor, wenn nicht bei ihm selbstständig die Bedingungen des Interdiktenbesitzes eintreten, auf welchem Wege auch der Erblasser selber juristischer Besitzer hätte werden können; ja sogar die precaria possessio ist erblich [5]), nur muß der Erbe um das precarium wissen [6]).

---

1) l. 31 §. 5 l. 40 l. 44 §. 3 D. de usurpat. et usucap. (41, 3) l. 40 §. 1 D. de adquir. poss. (41, 2)

2) §. 12 J. de usucap. (2, 6) l. 13 §. 4 u. 5 D. de adquir. poss. (41, 2) l. 4 §. 15 D. de usurpat. (41, 3) l. 11 D. de divers. temporal· praescript. (44, 3) l. 3 C. commun. de usurap. (7. 30)

3) l. 44 §. 3 D. de usurpat. et usucap. (41, 3)

4) §. 12 J. de usucap. (2, 6) l. 11 D. de divers. temporal. praescr. (44, 3)

5) l. 8 §. 8 D. de precar. (43, 26) Als Parallelstelle ist l. 16 D. eod. zu vergleichen.

6) l, 11 D. de divers. tempor. praescr. (44, 3) Durch

Wenn übrigens die Vererbung der Besitzqualität fast nur in Beziehung auf Verjährungsbesitz und nuda detentio erwähnt wird, so ist dieses sehr erklärlich. Da nämlich jeder Staatsbürger das den Besitz betreffende Fundamentalrecht hat, so müßte, abgesehen von aller Erbfolge in Rücksicht des Besitzes, wenn zufällig factum nnd animus bei dem Erben zusammenträfen, dieser letztere immer wenigstens die possessio ad interdicta mit allem, was damit zusammenhängt, erlangen. Wo daher auch der Erblasser den Interdictenbesitz gehabt hat, da ist es, wenn sich wieder factum und animus beim Erben vereinigen, in der That ganz einerlei, ob man hier proprio oder hereditario jure dem Erben juristischen Besitz beilegt, der Erfolg bleibt derselbe, und so ist es sehr begreiflich, warum das Römische Recht in dieser Anwendung ganz von der Erbfolge schweigt. Hingegen eine andere Frage ist, ob man da wo der Besitz des Erblassers ein plus oder ein minus als den einfachen Interdiktenbesitz enthielt, dies auf den Erben will überwirken lassen, hier ist es von praktischer Bedeutung, ob Erbfolge in die Besitzqualität Statt finden soll oder nicht, und darüber finden wir daher auch gleich im Römischen Recht ausdrückliche Bestimmungen.

§. 31.

II. Privilegien im subjektiven Sinne.

Das Wesen der privilegia in objektiver Bedeutung als Gegensatz des jus ist im vorigen Buche gelegentlich erörtert worden; die durch solche gesetzliche Bestimmungen

---

die in dieser Stelle gemachte Unterscheidung läßt sich der Widerspruch zwischen l. 12 §. 1 D. de precar. (43, 26) und l. 8 §. 8 D. eod. lösen.

begründeten Rechte sind nun Privilegien im subjektiven Sinne, und diese gehören hierher, weil sie Privatrechte sind. Der Beweis für diesen Satz ist sehr einfach. Die Befugniß, willkührlich einem Privilegium zu entsagen, folgt schon aus dem bekannten „beneficia non obtruduntur“ 7), und aus dem alten Römischen Grundsatze: „omnes licentiam habere, his quae pro se introducta sunt renunciare“ 8). Was aber die Vererblichkeit der Privilegien betrifft, so ist diese mit dürren Worten ausgesprochen, wenn es heißt: „Privilegia quaedam „causae sunt, quaedam personae: ideo quaedam ad „heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae „personae sunt, ad heredem non transeunt“ 9), und daß bei privilegiis personae nicht etwa an eine Beziehung aufs öffentliche Recht zu denken sey, brauche ich wol kaum erst zu bemerken, denn zu viele Stellen beweisen ja, daß es solche Privilegien sind, die der Ertheiler ausdrücklich auf die Person des ersten Erwerbers beschränkt hat 10). Daraus läßt sich nun auch über die Frage entscheiden, in wie ferne Privilegien auf Andere übertragen werden können. Hinsichtlich der privilegia personae findet natürlich keine Uebertragung statt, wol aber in Rück-

---

7) l. 69 D. de R. J. (50,17) l. 19 §. 2 D. de donat. (39,4)

8) l. 29 C. de pactis (2,3) Es versteht sich übrigens von selber, daß das Privilegium rein, nicht mit Pflichten verbunden seyn muß, wenn einseitige Entsagung frei stehen soll.

9) l. 196 l. 68 D. de R. J. (50,17)

10) l. 1 §. 43 u. 44 D. de aqua quot. et aest. (23,20) l. 1 §. 1 u. 2 D. de jure immun. (50,6) l. 3 §. 1 l. 4 §. 3 D. de censibus (50,15)

ſicht der privilegia causa, nur freilich nicht allein, ſondern nur in Verbindung mit dem Objekt, worauf ſie ſich beziehen.

§. 32.

III. Jura singularia im ſubjektiven Sinn, welche blos eine willkührliche Bevorrechtung enthalten.

Wir haben bei der Entwickelung des Begriffs der jura singularia ſolche unterſchieden, welche auf eigentliche Bevorrechtung abzwecken, und ſolche, welche blos durch eine formelle Ungleichheit eine materielle Gleichheit hervorzubringen beſtimmt ſind, und wir haben dabei bemerkt, daß die erſteren, ſo wie die dadurch begründeten Rechte, von den Römern vermuthlich als privatrechtlich angeſehen worden ſind. Ich ſage aber nur vermuthlich, denn ſtrengen Beweis zu führen bin ich hier allerdings nicht im Stande, auch wüßte ich nur Ein jus singulare aus der ganzen Römiſchen Rechtsgeſchichte anzugeben, welches nach jener Unterſcheidung ins Privatrecht zu ſetzen wäre, und dieſes iſt — man erſchrecke nur nicht — der Patriciat. Daß freilich von jeher der Patriciat bloß als ein Privatrecht der Patricier betrachtet worden ſey, möchte ich nicht behaupten, allein daß ſeit dem Emporkommen der Plebejer dieſe Anſicht herrſchend ward, dafür giebt es wenigſtens einige nicht unbedeutende Gründe. Wir finden nämlich, daß es den Patriciern frei ſtand, ihre Vorrechte abzulegen und zu den Plebejern überzugehen. Es kommen ſehr viele Beiſpiele eines ſolchen Uebertritts vor; ſo trat einmal die ganze Gens Octavia in den Plebejerſtand [11]), ſo L. Minucius Augurinus, und ſo der

11) Suetonius in Octav. Aug, c, 2

berüchtigte P. Clodius und Cicero's Schwiegersohn Dolabella [12]); auch ist nirgends davon die Rede, daß jemand Anstoß daran genommen hätte, während, wenn es nur ein Mißbrauch gewesen wäre, die Plebejer nicht versäumt haben würden, dawider zu protestiren, indem der Uebertritt meistens in schlechter Absicht geschahe, hauptsächlich um sich in den Tribunat einzuschleichen. Eben so wenig finden wir hier eine solche Unterscheidung von feierlichem Aufgeben und einer simpeln abdicatio, wie wir sie oben hinsichtlich der väterlichen Gewalt kennen gelernt haben; von einer feierlichen Form des Austritts aus dem Patriciat kommt nämlich durchaus nichts vor, wenn man eine solche nicht etwa in der so viel besprochenen sacrorum detestatio finden will, wozu freilich die einzigen beiden Stellen, welche von diesem dunkeln Begriff handeln [13]), keine weitere Veranlassung geben. Ein fernerer Grund für die privatrechtliche Natur des Patriciats ist noch der, daß keine der verschiedenen minutiones famae, weder nota censoria, noch infamia u. s. w, die sich immer nur auf die publica jura bezogen, den Patriciat afficirte. Aus dem Senat und dem Ritterstande konnten die Censoren ausstoßen, aus einer höheren in eine niedere Tribus versetzen, und dergleichen mehr, aber daß sie auch den Patricier zum Plebejer hätten machen können, davon hat sich keine Spur erhalten. Eigentliche Vererbung des Patriciats fand freilich nicht Statt, weil das Haben desselben durch Geburt bestimmt ward; allein da eben deshalb Erbfolge hier überflüssig war, so kann der Mangel dieses Charakters an sich noch nicht über die Natur des frag-

---

12) Sigonius de antiq. jur. civ. Rom. lib. I c. 7 in fine.

13) Gellius N. A. VI c. 12, XV c. 27.

lichen Rechts entscheiden. Ist übrigens die aufgestellte Ansicht vom Patriciat gegründet, so macht sich die Nutzanwendung auf unsere Verhältnisse von selber, wo auch mehrere eine eigentliche Bevorrechtung bezweckende jura singularia vorkommen.

§. 33.

IV. Eigentliche Vermögensrechte.

Als res incorporales werden uns freilich ausdrücklich nur jura in re, obligationes und universitates juris im Römischen Rechte genannt, allein schon aus der letzteren Anwendung des Ausdrucks ergiebt sich, daß unter den rebus incorporalibus eigentlich sämmtliche Privatrechte verstanden sind, indem ja eine universitas juris diese alle enthält, oder wenigstens enthalten kann; auch werden sowol in Pandekten als Institutionen die jura in re u. s. w. nur beispielsweise als unkörperliche Dinge angeführt [14]), und es ist ja in der That ein der Schärfe des Gegensatzes gebrachtes Opfer hinsichtlich der Richtigkeit der Darstellung, wenn das Eigenthumsrecht bei seinen Gegenständen den rebus corporalibus abgehandelt wird, denn als Recht aufgefaßt ist das Eigenthum so gut eine res incorporalis als die Servituten und Obligationen. Aber Letzteres gilt, genau genommen, nicht blos vom Eigenthumsrecht, sondern auch von den Besitzrechten, den Privilegien, den Privatklagrechten u. s. w., auch diese kann man mit Fug zu den unter den rebus incorporalibus verstandenen Vermögensrechten, zu den rebus familiaribus rechnen, und daher werden sie auch wirklich im Rö-

---

14) §. 2 u. 3 J. de rebus incorp. (1, 2) l. 1 §. 1 D. de rer. div. (1, 8)

mischen Rechte den bonis beigezählt [15]). Weil indessen Eigenthum, jura in re und obligationes von den Römern vorzugsweise als Vermögensobjecte, als bona angegeben werden, indem die Privatklagrechte und die andern ins jus quod pertinet ad actiones einschlagenden Privatrechte mehr als eine abgesonderte Lehre für sich gelten, die jura possessionis und Privilegien aber ihrem Wesen nach nicht gerade stets eine pecuniaire Bereicherung enthalten, was immer, wenigstens entfernt, bei dem Begriff der bona zu Grunde liegt, so habe ich auch hier die Benennung der eigentlichen Vermögensrechte für jene drei Arten der Rechte gewählt. Wenn ich übrigens diese drei Klassen von Rechten in Einem Paragraphen zusammenfasse, so hat dieses seinen Grund nur darin, daß die privatrechtliche Natur derselben zu entschieden ist, als daß etwas Wesentliches in dieser Beziehung zu bemerken wäre, daher eine kurze Berührung genügt.

I. Eigenthum. Anstatt mich hier auf einen überflüssigen Beweis dafür einzulassen, daß das Eigenthum wirklich ein Privatrecht sey, und als solches derelinquirt, auf Andere übertragen und vererbt werden könne, will ich hier nur darauf aufmerksam machen, wie bei dem Eigenthum des Staates die enge Verbindung mit dem status reipublicae hervorgebracht hat, daß dieses Eigenthum nicht rein erhalten ist, sondern zum Theil den Charakter der öffentlichen Rechte angenommen hat, indem die res publi-

---

15) So namentlich bei der bonorum possessio, bei der sectio bonorum, bei der missio in bona, beim fideicommissum omnium bonorum etc. Eine Hauptstelle ist l. 49 D. de V. S. (50, 16), indessen will ich hier nicht mit Citaten beschweren, da man bei Brissonius voc: „Bona“ diesen Ausdruck gerade sehr ausführlich abgehandelt findet.

cae eben wie die durchs jus pontificium dem commercium entzogenen res sacrae und religiosae [16]) für extra commercium erklärt sind, wenn gleich in einem beschränkteren Sinne, da hier dadurch nur mancipatio in jure cessio und Verjährung ausgeschlossen wird. Durch diese abnorme Natur des Staatseigenthums erklärt sich, weshalb der Ausdruck dominium so selten in unsern Quellen darauf angewandt wird, und wie das Römische Recht ganz allgemein und unbedingt den Satz aufstellen kann: „Pactis privatorum formam *juris fiscalis* convelli non placuit“ [17]). Wenn übrigens ähnliche Grundsätze bei dem Eigenthum der Municipien gelten, so erklärt sich dies sehr leicht, da ja die Communalverfassung ein Theil des jus publicum ist, und da namentlich die Municipien treue Copien des Römischen Staates im Ganzen waren. Jedoch sind die res universitatum nicht in dem Grade publici juris, wie die res publicae, denn nicht nur wird ausdrücklich bemerkt, daß man sie von den letzteren wohl unterscheiden müsse [18]), sondern wir finden auch

---

16) Daß ich das Recht an den rebus religiosis als publici juris betrachte, ist schon oben vorgekommen; Gleiches gilt aber vom Recht an den rebus sacris, da dies seine Wurzel im jus pontificium hat.

17) l. 42 D. de pactis (2, 14)

18) l. 15 D. de V. S. (50, 16) (Ulpianus) „Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt“. Ulpian selber scheint aber in der l. 17 D. eod. diese Begriffsbestimmung wieder zu verlassen; allein in der letzteren Selle will er nicht wie in der ersteren den Begriff der res publicae bestimmen, sondern nur alles angeben was zu den rebus universitatum gehört, und wenn er dabei sich des Ausdrucks res

dieſes praktiſch angewandt, indem die Sachen der Municipien, wenn gleich nicht durch Uſucapion, doch durch longi temporis possessio, im ſtrengen Sinn als Eigenthum erworben werden können. Dies ſagen uns nicht Paulus und Septimius Severus, auf welche man ſich gewöhnlich, wenn gleich nur für eine ſogenannte praescriptio extinctiva zu berufen pflegt [19]), ſondern dies ſagt uns ſehr beſtimmt Ulpian in l. 15 §. 27 D. de damno infect. (39, 2), eine Stelle, durch welche vielleicht das berüchtigte „hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant," womit Juſtinian ſeine neue Beſtimmung über die Wirkungen der longi temporis possessio begreiflich zu machen ſucht [20]), erklärt wird. Ulpian handelt a. a. O. von dem Erfolg der missio ex secundo decreto wegen verweigerter cautio damni infecti, und hier iſt es ganz anders bei den Sachen der Municipien als bei denen des Staates, indem bei Letzteren auch nicht einmal durch hinzukommenden Beſitz per longum tempus in Folge der Immiſſion Eigenthum erworben wird, nach dem §. 26 der citirten Stelle, denn die daſelbſt erwähnten aedes vectigales ſind ohne allen Zweifel Häuſer in den Provinzen [21]),

---

publicae bedient, ſo verfällt er nur in den von ihm ſelber gerügten Fehler abuſive zu reden.

19) Paulus S. R. V. 2 §. 4 l. 1 C. de poss. long. temp. (7, 33)

20) l. 8 pr. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39)

21) Den Grundzins, das vectigal, welches von den praediis provincialibus gezahlt ward halte ich, wofür freilich hier die Gründe nicht ausgeführt werden können, eigentlich nur für ein Pachtgeld, da das Römiſche Volk als Eigenthümer des Grund und Bodens in den Provinzen galt:

während hingegen bei den ersteren „dominium per longum tempus adquiritur.“

Gajus II, §. 7 Theophil II, 1 §. 40, daher die zuerst bei den praediis civitatum entstandene Emphyteuse nichts als eine Nachahmung ist, und daher denn, als die Lex Thoria das Land in Italien für in commercio erklärt hatte, hier nun das vectigal von selber wegfallen mußte, weshalb eben von da an die Provincialgrundstücke im Gegensatz gegen die Italiänischen praedia vectigalia genannt wurden. — Was übrigens die citirte l. 15 §. 26 u. 27 D. de damno infecto betrifft, so verstehe ich dieselbe so. Wir müssen von der immissio ex secundo decreto bei rebus in commertio ausgehen. Als eine von den peratorischen Erwerbungsarten, die alle nur höchstens bonitarisches Eigenthum gewährten, wie Savigny schon längst bewiesen hatte (Zeitschrift II, 15 S. 369 u. f.) und Gajus III §. 80 u. 81 jetzt bestätigt, konnte auch die immissio ex secundo decreto, so ferne sie res in commercio betraf, nur bonitarisches Eigenthum geben. Wie aber bei rebus extra commercium? Diese Frage wird in der citirten Pandektenstelle in zwei Beziehungen erörtert: 1, Im §. 26 in Beziehung auf den Fall wenn bei Provinzialgrundstücken der Erbpächter, welcher das dominium possessionis hatte, wie man es seit Einführung der utilis rei vindicatio nannte, nicht cautio domni infecti leisten wollte. Hier war der Erfolg der missio ex secundo decreto, daß man gänzlich in den Erbpacht, in den eigenthumsähnlichen Besitz des unfolgsamen Provinzialen eintrat. 2, Im §. 27 in Beziehung auf den Fall, wenn bei rebus universitatum die municipes nicht caviren wollten. Hier hatte die missio ex secundo decreto einen ähnlichen Erfolg wie bei rebus in commercio, nur daß man hier nicht in einem oder zwei Jahren durch Usucapion, sondern erst durch longi temporis possessio Eigenthum erwarb.

II. Jura in re. Auch hier würde es Mißbrauch der Geduld des Lesers seyn, bei dem Beweise der privatrechtlichen Natur dieser Rechte zu verweilen; nur hinsichtlich der Servituten sind ein Paar Bemerkungen zur Verhütung von Mißverständnissen nöthig, indem hier Mehreres vorkommt, was als zum Charakter der öffentlichen Rechte gehörend angesehen werden könnte. So können z. B. Servituten niemals auf Andere übertragen werden, allein dies hat nicht seinen Grund in einer Verwandtschaft mit dem jus publicum, sondern ist aus der Natur der Sache abgeleitet, indem die Prädialservituten ihrer Bestimmung zufolge an ein gewisses Grundstück, die Personalservituten an eine gewisse Person gebunden sind, wobei aber der Staat weder interessirt ist, noch von den Römern als interessirt betrachtet ward. Hier haben wir also eine Anwendung der, wie schon oben vorgekommen ist, so natürlichen und auch im Römischen Recht anerkannten [22]) Regel, daß Verträge die dem Begriff eines Instituts widersprechen, ungültig sind, ohne darum zu den pactis contra jus publicum oder contra leges zu gehören.

Gleiches gilt von den mancherlei Bemerkungen der Römischen Juristen über das, was nicht soll als Servitut constituirt werden können; Begriff und Natur der Sache sind dabei die einzige Richtschnur, wozu nun aber für unsern Zweck noch dies hinzukommt, daß ja die auf Constituirung von Servituten abzielenden Verträge schon ihrem Wesen nach nicht unter eine Kathegorie mit den bei den öffentlichen Rechten unstatthaften Verträgen gebracht werden können, indem sie ja hinsichtlich der Servitut nich aufgebend oder übertragend sind; nur in Rücksicht des

---

22) l. 31 D. de R. J. (50, 17)

Eigenthums sind sie in einem gewissen Sinn aufgebend, da sie es beschränken, und daher finden wir ja auch gleich im Römischen Recht den Satz, daß mit Ausnahme der untergeordneten aqua ex castello, am Staatseigenthum keine Servituten bestellt werden können [23]). Noch weniger darf ich wol besorgen, daß man mir die Unvererblichkeit der Personalservituten entgegenhalten werde. Es steht damit gerade wie mit den privilegiis personae und den personellen Exceptionsrechten. Nur in dem Begriff des Verhältnisses liegt die Unvererblichkeit, denn daß die Römer hier sonst nichts gegen die Vererbung haben, geht daraus hervor, daß die servitus operarum auch auf die Erben übergehen kann [24]).

---

23) Jedoch galt dies nicht bei den Provinzialgrundstücken Gajus II §. 31, vermuthlich weil man hier die Servitut als nicht sowohl gegen den Staat, denn gegen den Vectigalbesitzer gerichtet, und ihm allein schädlich betrachtete. Aber bei den andern rebus publicis steht die Regel fest.

24) l. 2 D. de usu et usufructu legato (33, 2) Gewöhnlich sagt man aber auch, der Ususfructus könne durch ausdrückliche Bestimmung auf die Erben ersten Grades erstreckt werden. Dies soll l. 14. C. de usufruc. (3, 33) beweisen, allein dies beruht auf dem absolutesten Mißverstehen dieser Stelle und ist auch direkt gegen l. 3 pr. l. 12 pr. C. eod. Die l. 14 redet von dem Fall, wenn jemand das Eigenthum einer Sache einem Dritten legirt, aber den ususfructus seinen Erben vorbehalten hat, wo Justinian bestimmt, daß hier unter den Erben nicht die ganze künftige Reihe von Successoren, sondern nur die unmittelbaren und ersten Erben verstanden seyn sollen. Nur daß man unter den Erben nicht Erben des Testators, sondern des Legators verstanden hat, ist Grund der ganzen irrigen Ansicht.

III. Obligationes. Daß diese vererbt und aufgegeben werden können ist gewiß, und wenn sie gleich ihrer Substanz nach nicht durch Singularsuccession auf Andere übertragbar sind, indem die Cession, das mandatum actionis nur die Ausübung, nicht aber das Recht selber transferirt, so ist doch selbst dies ad utilitatem singulorum, bloß zum Vortheil von Creditor und Debitor, damit ihnen nicht willkührlich ein anderer Gegner gesetzt werden könne, ohne alles Interesse des Staates, so bestimmt, und daher steht auch die privatrechtliche Natur der Obligationen ein für alle Mal fest. Dabei will ich mich also nicht weiter aufhalten; dagegen wäre hier wol der Ort, etwas über die richtige Bestimmung des Begriffs der obligatio zu sagen, wenn dazu nicht zugleich eine Erörterung des Wesens der Klagrechte erforderlich wäre, die erst in der Folge vorgenommen werden kann.

§. 34.

V. Recht auf den Erwerb deferirter Rechte.

Wenn mir ein Recht im eigentlichen Sinne deferirt ist, dann habe ich ein Recht jenes zu erwerben. Am schärfsten tritt dies bei der Erbfolge hervor, jedoch nicht ausschließlich bei dieser, denn dasselbe findet z. B. bei jeder gültigen und bindenden Pollicitation Statt. Es ist nun aber schon oben in anderer Verbindung in Beziehung auf die Erbfolge, wo die Theorie am genauesten ausgebildet ist, erwiesen worden, daß jenes auf Erwerb gerichtete Recht ein Privatrecht sey, indem Sklaven und filiifamilias dasselbe ihrem Herrn und Vater erwerben, und indem es aufgegeben, auf Andere übertragen und durch die sogenannten Transmissionen vererbt werden kann *), und daher gehört jenes Recht an diesen Ort.

*) Siehe erstes Buch S. 69.

Man muß sich indessen hüten, eine Delation und ein darauf gegründetes Recht, nach Analogie der Erbfolge bei allen adquisitiones per universitatem anzunehmen. Wenn bis auf Justinian der pater adrogans das Vermögen des Arrogirten [25]) und früher auch der Ehemann das Vermögen seiner uxor in manu erwarb [26]), so war dabei doch von gar keiner Delation die Rede; denn vor geschehener adrogatio oder in manum conventio, stand dem zukünftigen Vater und Ehemann gar kein Recht an jenem Vermögen zu, nachdem aber jene Akte vorgenommen waren, war nothwendig eben dadurch ipso jure Alles was dem Arrogirten oder der Frau gehört hatte in Gesammtgut der Familie umgewandelt worden. Auch läßt sich nicht denken, daß der pater adrogans oder der Ehemann, im Voraus einen solchen Anfall sollte haben ausschlagen können; da nemlich dieser Anfall durch die Verwandlung des bisherigen Vermögensinhabers in einen filiusfamilias geschahe, so hätte es den patribusfamilias frei stehen müssen, ihr durchs jus publicum bestimmtes Ver-

---

25) Bekanntlich soll nach Justinians Bestimmung das Vermögen eines Adrogirten nur peculium adventitium werden: §. 2 J. de adquis. per adrog. (3, 10)

26) Es ist zwar in neuern Zeiten geleugnet worden, daß das Vermögen der uxor in manu durch eine per universitatem successio an den Ehemann gefallen sey, allein wenn auch die Stellen bei Cicero Top. c. 4 „Quum mulier viro in manum convenit, omnia mulieris fuerunt, "dotis nomine" und pro Flacco c. 35 „Doti dicunt „uxores quae in manum conveniunt pecuniam suam „ideoque dotis nomine mariti fit" ehemals noch Zweifeln Raum ließen, so haben wir doch jetzt in Gajus III §. 82–84 ein gar zu entschiedenes Zeugniß für den wahren Universalerwerb des Mannes.

hältniß zum Familienvermögen zu ändern, um jenen Erwerb vermeiden zu dürfen, aber das ging wie wir gesehen haben nicht an.

Ich glaube hiermit die Untersuchungen über das Privatrecht füglich schließen zu können, indem, wie mir scheint, Alles vorgekommen ist was nöthig war um auch hier mein System zu begründen, wenigstens so weit, als es schon jetzt entwickelt werden konnte, denn einige das reine Privatrecht betreffende Punkte werden freilich erst in der Folge hinlänglich ausgeführt und erörtert werden können. Dem entworfenen Plane gemäß sind daher jetzt die aus publicum und privatum jus gemischten Lehren, welche die Römer zweckmäßig in einem eignen Abschnitt für sich abhandeln, näher zu beleuchten, eine Arbeit, die zwar an interessanten Seiten, aber auch an Schwierigkeit den Untersuchungen über das öffentliche Recht, wenig nachsteht.

Drittes Buch.

Lehren die aus öffentlichem und Privatrecht gemischt sind.

§. 35.

Schon bei der bloßen Ansicht der gewählten Ueberschrift muß sich die Frage aufdringen, wie die Sklaverei und die dos in das erste Buch haben gesetzt werden können, und nicht hierher. Dies läßt sich aber sehr leicht rechtfertigen. In beiden Lehren tritt die Grenze zwischen dem privatrechtlichen und dem, was ins öffentliche Recht gehört, sehr scharf und bestimmt hervor, und das Eigenthum an Sklaven, so wie das Privatrecht des Mannes an der dos, haben zu wenig Eigenthümliches, als daß dieselben nicht schon durch die allgemeine Theorie der Privatrechte ihre vollständige Erledigung finden sollten, so daß die untergeordneten Modificationen welche jene Rechte durch das concurrirende publicum jus erleiden, in der That zu unbedeutend sind, um ihnen einen besonderen Platz unter den Privatrechten zu verschaffen. Was hingegen die

potestas über Sklaven und das öffentliche Recht der Frau an der dos betrifft, so bedürfen diese Rechte allerdings einer besondern Erörterung; aber als eine selbstständige, auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts sich beziehende Lehre, ist diese Erörterung mit Recht von den Römern in den das reine jus publicum betreffenden Theil ihres Systems gestellt worden.

Ganz anders verhält es sich mit der Lehre von Proceß und Gerichtswesen, überhaupt von der Geltendmachung der Rechte und von den darauf sich beziehenden Rechten, denn diese Lehre ist es, welche eigentlich das jus mixtum bildet. Sowol das Privatrechtliche als das was publici juris ist, hat hier so viel Eigenthümliches, daß weder dies noch jenes unter irgend einen andern Theil des öffentlichen oder Privatrechts gebracht und als daraus seinem Wesen nach bekannt angesehen werden kann. Aber auch keins von beiden kann getrennt von dem andern abgehandelt werden, sondern beide sind nur in ihrem innern Zusammenhange darstellbar, und so ist es nicht bloß natürlich, sondern sogar nothwendig, für diese Lehre einen eigenen, vom reinen jus publicum und privatum getrennten Abschnitt im System zu machen. Ich muß aber hier die Frage erwarten, ob es denn überhaupt gewiß sey, daß der die Geltendmachung der Rechte betreffende Theil des Römischen Rechts ein Gemisch von privatrechtlichen und publicistischen Grundsätzen genannt werden könne. Der Beweis für diese meine Behauptung ist jetzt auszuführen und er gehört eben nicht zu den quaestiones altioris indaginis; schwierig ist nur nachher die Grenze zwischen den verschiedenartigen Rechten und Rechtsbestimmungen zu ziehen.

Es liegt nun schon an sich zu Tage, daß Gerichte zum Ganzen des Staatsorganismus, zum status reipublicae

gehören, und demgemäß müssen auch die Bestimmungen über die Verfassung der Gerichte und über das Wesentliche ihres Verfahrens und ihrer Wirksamkeite einen Theil des jus publicum bilden. Dies finden wir nun auch ausdrücklich im Römischen Recht anerkannt und ausgesprochen: „Testandi de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: *non autem jurisdictionis mutare formam, vel jure publico derogare cuiquam permissum est*“ [1]) „Nec ex Praetorio, nec ex solemni jure, privatorum conventione quidquam immutandum est; quamvis obligationum causae pactione possint immutari, et ipso jure et per pacti conventi exceptionem: *quia actionum modus vel lege, vel per Praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur,* nisi tunc cum inchoatur actio, inter eos convenit [2]). Der Schluß der Stelle bezieht sich auf die litis Contestatio, durch welche allerdings in gewissem Sinn der actionum modus verändert werden konnte, wenn man den Streitgegenstand in eine sponsio einkleidete, wo sich dann nicht weiter fragte, was eigentlich wahrhaft das objectum litis sey, sondern nur, was in der sponsio als solches aufgestellt worden [3]). Die publicistische und daher absolute Natur der Gerichtsorganisation ergiebt sich auch noch daraus, daß man nicht allgemein dem Rechte zu klagen entsagen kann [4]), denn es gehört ja eben zum Wesen der Gerichtsverfassung, daß jeder Rechtsfähige seine Rechte bei den Gerichten verfolgen kann.

---

1) l. 13 C. de testamentis (6, 23) Siehe auch l. 2 l. 3 C. de jurisd omn. jud. (3, 13)

2) l. 27 D. de R. J. (50, 17)

3) Cicero pro Rosc. Com. c. 4 u. 5.

4) l. 7 §. 16 D. de pactis (2, 14)

Auf der andern Seite giebt es nun aber doch auch eine Menge processualischer Bestimmungen quae ad singulorum utilitatem pertinent, und die deshalb der Abänderung durch Privatwillkühr unterworfen sind. Dahin gehören z. B. die gesetzlichen Fristen, wie das fatale remedii interponendi, dem man entsagen kann [5]); ferner die Bestimmungen über den Gerichtsstand, welche durch prorogatio jurisdictionis modificirt werden dürfen [6]); ferner wenigstens zum Theil die Bestimmungen über die den Partheien zur Verhütung gegenseitiger Schikane gestatteten Mittel [7]), denn auch der letzteren kann man sich in der Regel durch Privatübereinkunft begeben, u. d. m. Am Bestimmtesten zeigt sich aber der Gegensatz von öffentlichem und Privatrecht an den Rechten im subjectiven Sinne die in diesen Theil unseres Systems gehören, und hier läßt sich auch die Grenze zwischen dem Publicistischen und dem Privatrechtlichen noch am schärfsten bezeichnen; auf diese Rechte haben wir daher jetzt unsere ganze Aufmerksamkeit zu richten.

Kap. 1.

Klagrechte.

§. 36.

Den Begriff der Klagrechte, der Actiones im Sinne des pr. J. de action., nehme ich hier in weitester Bedeu-

5) l. 1 §. 3 D. a quib. appell. non licet (49,2) l. 45 pr. D. de re jud. (42,1) l. 5 §. 6 C. de temp. appell. (7,63) l. 5 C. de re jud. (7,52) Nov. 23 c. 1.

6) l. 14 l. 18 D. de jurisdict. (2,1) l. 1 l. 2 D. de judiciis (5,1) l. 13 §. 4 D. ad SCt. Trebellianum (36,1) l. 1 C. de jurisdict. omn. jud. (3,13)

7) Z. B das juramentum calumniae und die im ältern Recht vorkommenden sponsiones.

tung, verstehe darunter also auch die Befugniß, die extraordinaria cognitio praetoris anzugehen, und dies bedarf wol um so weniger einer besondern Rechtfertigung, da ja nach neuerem Römischen Rechte jeder Proceß eigentlich bloß eine causa extraordinarii juris ist [8]); aber selbst wenn Letzteres nicht so wäre, würde hier der angegebene weite Begriff der Klagrechte nicht weniger angebracht seyn, da auch in früheren Zeiten die Befugniß ein Interdict anzustellen, missio in possessionem zu verlangen, auf Entrichtung eines Honorars oder Fideicommisses anzutragen u. s. w., in der That alle wesentlichen Eigenschaften des Rechts eine eigentliche Actio zu erheben, hatte. Zuvörderst ist nun aber zur Begründung der folgenden Untersuchungen wo möglich der alte Grenzstreit zwischen den Obligationen und den Klagrechten zu schlichten, indem, so lange darüber feste Grundsätze fehlen, die ganze Theorie immer schwankend bleiben muß; zugleich haben wir dabei überhaupt die oben ausgesetzte Bestimmung des strengen Begriffs der Römischen obligationes nachzutragen.

Die Klagrechte sind sammt und sonders keine selbstständigen, sondern nur accessorische Rechte, denn sie setzen alle als wesentliche Bedingungen voraus:

I. Ein zu Grunde liegendes Recht, welches jedoch nicht gerade dem zuzustehen braucht, dem daraus ein Klagrecht erwächst;

---

8) §. 8 J. de Interdict. (4, 15) Eine Parallele zu dieser Stelle haben wir von Paulus in l. 8 D. de judic. publ. (48, 1) wo es auch heißt, daß nunmehro bei allen delictis publicis *extra ordinem* verfahren werde. Dieser verkehrte Sprachgebrauch kann natürlich nur darin seinen Grund haben, daß das früherhin aussерordentliche Verfahren Regel geworden war.

II. Eine Verletzung jenes zu Grunde liegenden Rechts, wobei aber wieder nicht gerade an eine Rechtsverletzung im gewöhnlichen Sinne zu denken ist, auch das bloße Nichterfüllen einer Verbindlichkeit, und der Besitz einer fremden Sache, deren der Eigenthümer nicht mit Recht entbehrt, gehört hierher.

Wenn diese beiden Bedingungen zusammenkommen, dann ist actio nata, sofern nur das verletzte Recht überhaupt ein klagbares, also z. B. nicht eine bloße obligatio naturalis ist, dann kann also Klage erhoben werden, und von da an läuft die Verjährung, denn nur auf die Klagrechte, nicht auf die zu Grunde liegenden Rechte bezieht sich die Römische Klagenverjährung, diese bleiben auch, wenn letztere vollendet ist, bestehen, mit der Ausnahme die im älteren Recht hinsichtlich der longi temporis possessio in ihrer Anwendung auf res universitatum Statt fand [9]), eine Ausnahme, die Justinian noch etwas erweitert hat [10]).

Die eben aufgestellten Grundsätze scheinen aber durch die obligationes ex delicto und quasi ex delicto gänzlich widerlegt zu werden, indem hier mit Entstehung der Obligation auch sogleich actio nata ist. Allein hier täuscht nur der Schein, denn die Delictsobligationen sind ja selber wesentlich nichts als Klagrechte gegründet auf die Verletzung irgend eines andern Rechts, des Eigenthums, oder des Rechts auf Integrität des Körpers, auf Ehre, auf Freiheit, auf Treu und Glauben u. s. w. Sie unterscheiden sich daher sehr wesentlich von den Obligationen aus Verträgen und quasi ex contractu, denn diese letzteren sind selbstständige Rechte, die nicht blos als An-

---

9) l. 15 §. 27 D. de damno infecto (39, 2)

10) l. 8 C. de praescr. XXX vel XL ann. (7, 39)

hang eines andern Rechts existiren, so wie sie auch nicht nothwendig die Befugniß eine Klage anstellen zu können im Gefolge haben, welches wir in doppelter Beziehung finden; einestheils nämlich können durch Verträge Obligationen eingegangen werden, die überhaupt der Klagbarkeit entbehren, z. B. die obligationes naturales ex pacto nudo, anderntheils muß ganz allgemein bei allen Obligationen aus wirklichen oder fingirten Verträgen, erst eine Verletzung hinzukommen, bevor man daraus klagen kann, es muß ein Klagrecht hinzugetreten seyn; [11]) man kann zwar auch ohnehin Klage erheben, muß sich dann aber auch gefallen lassen, mit Schaden und Kosten zur Ruhe verwiesen zu reden, wir reden aber hier natürlich nur von den Bedingungen erfolgreicher Klagen. Indessen hat doch die Erhebung der uns als obligationes ex delicto und quasi ex delicto bezeichneten Klagrechte in die Reihe der Obligationen, zur Folge gehabt, daß das Römische Recht nun auch bei der Verjährung von diesen, noch die Fortdauer einer obligatio naturalis annimmt, welches eigentlich ein inconsequenter Satz ist, denn das verletzte Eigenthum oder Fundamentalrecht der Person bleibt ohnehin bestehen, und nun wird daneben noch als ein selbstständiges Recht etwas erhalten, was seiner Entstehung nach doch nur ein Anhang von jenem ist. Unter welchen Bedingungen übrigens die Rö-

---

11) Auch bei der negotiorum und tutelae gestio und bei der Bezahlung einer Nichtschuld sollte erst dann actio nata seyn, wenn die Erfüllung der dadurch begründeten Verbindlichkeit verweigert worden ist, und wenn das Römische Recht es hier anders bestimmt, so ist dies eine wahre Irregularität, denn ein mutuum z. B. verjährt doch erst bei verweigerter Zahlung.

mer ein Klagrecht zu einer Obligatio erheben, davon soll sogleich näher die Rede seyn.

Alle Klagrechte haben Ein Merkmal mit den wahren Obligationen gemein, nämlich dies, daß sie nicht wie die dinglichen- und Fundamentalrechte nur negativ gegen Jedermann, sondern daß sie positiv gegen ein bestimmtes Subject gerichtet sind. Einige Klagrechte stimmen auch noch in anderen Charakteren mit den Obligationen überein, dagegen unterscheiden sich wieder andere davon in sehr wesentlichen Punkten, denn

1) Zum Wesen der eigentlichen ursprünglichen Obligationen, worunter ich nur die aus Verträgen und quasi ex contractu verstehe, gehört durchaus daß sie auf ein bestimmtes, absolut oder relativ abgegränztes Geben, Thun, Leisten oder Unterlassen zum Besten des Berechtigten gehen [12]); hingegen bei sehr vielen Klagrechten findet dies nicht Statt. So z. B. sind die actiones praejudiciales auf eine allgemeine Unterordnung der Person, oder auf Befreiung von einer solchen gerichtet, die actio confessoria bei affirmativen Servituten auf ein Leiden, und die accusationes auf etwas, was nicht unmittelbar zum Besten des Klägers gereicht.

2) Die wahren Obligationen sind niemals an einen Besitzstand auf Seiten des Verpflichteten gebunden, mit dessen Aufhören sie auch ihr Ende erreichten, wie es hingegen bei der rei vindicatio, der Publiciana in rem actio und der hereditatis petitio der Fall ist.

3) Die wahren Obligationen setzen immer einen bestimmten Berechtigten voraus, bei den Klagrechten gehört

---

12) l. 3 pr. D. de obligationibus et act. (44,7) Ein Beispiel einer obligatio auf ein Unterlassen gewähren uns die pacta de non petendo.

dies hingegen keineswegs durchgehends zur Natur der Sache; denn bei den Actionibus, Accusationibus und Interdictis popularibus fehlt ja vor Erhebung des Processes ein einzelner bestimmter Berechtigter. [13]) Zwar steht der Staat als der eigentliche Berechtigte im Hintergrunde, aber das Römische Recht hebt hier den praktischen Erfolg hervor, und sieht nur darauf, wer unmittelbar dem Verpflichteten gegenübersteht, wie weiterhin bestimmter erhellen soll; überdies findet bei den angegebenen Klagrechten noch ein anderer, unter der folgenden Nummer näher zu beleuchtender Unterschied von den Obligationen Statt.

4) Die Obligationen sind immer Privatrechte, während ein großer Theil der Klagrechte zu den juribus publicis gehört. Welche dies sind, kann erst später vollständig angegeben werden, nahmentlich aber sind alle vorhin genannten, jedem ex populo zustehenden Klagrechte, zu den öffentlichen Rechten zu zählen. Daher können diese lezteren schon deshalb nicht unmittelbar zu den Obligationen gehören, wenn sie gleich durch litis contestatio unter Umständen darin umgewandelt werden können.

Aus diesen Sätzen, deren Richtigkeit wie ich hoffe, kein im Römischen Rechte Eingeweyhrer verkennen wird, lassen sich nun die Bedingungen abstrahiren, unter welchen die Römer ein Klagrecht für eine obligatio erklären. Es sind keine anderen als die Uebereinstimmung in allen äusseren Charakteren mit den Obligationen aus Verträgen. Wenn also ein Klagrecht als obligatio behandelt werden soll, so muß es 1) auf ein bestimmtes dare, facere, praestare oder omittere gerichtet seyn; 2) einem bestimmten Berechtigten

---

13) In Beziehung auf die actiones populares sehe man z. B. l. 7 §. 1 D. de popul. act. (47, 23) l. 56 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1)

zustehen; 3) nicht durch einen bloßen Besitzstand bedingt seyn, und endlich 4) nicht zu den öffentlichen Rechten gehören. Diese vier Charaktere treffen aber nur in folgenden drei Fällen zusammen, nämlich

I. Bei den aus der Verletzung einer eigentlichen und ursprünglichen Obligatio hervorgegangenen Klagrechten, also bei den actiones die, wenn der ex contractu oder quasi ex contractu Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, dem Berechtigten gegen jenen zustehen; denn hier ist ein bestimmter Creditor vorhanden, das Object ist dasselbe welches Gegenstand der Hauptobligation ist, oder allenfalls eine pecuniaire Entschädigung, die als ein dare allerdings auch Gegenstand einer Obligation seyn kann, und endlich gehören diese Klagrechte niemals zu den öffentlichen Rechten, setzen auch keinen Besitz des Verpflichteten voraus.

II. Bei den aus der Verletzung eines dinglichen oder öffentlichen Rechts einer Person [14]) hervorgegangenen Klagrechten, so ferne diese nur auf Entschädigung oder auf eine pecuniaire poena privata gerichtet sind, also bei den actionibus rei persequendae causa comparatis, poenalibus und mixtis. Der, dem hier das Klagrech zusteht ist das verletzte Rechtssubject, der Gegenstand ist ein dare, das Klagrecht ist nicht von einem Besitzstande auf Seiten der Verpflichteten abhängig, welches am auffallendsten bei der Condicti furtiva hervortritt [15]) und

---

14) Ob die Person eine phychische oder juristische sey ist einerley, nur die Verletzung der Rechte des Saates begründet stets nur öffentliche Klagrechte, auch wenn bloß sein fiscalischen Rechte verletzt worden sind.

15) Gajus IV §. 4.

eben so wenig ist es ein publicum jus, wie unten ausführlich gezeigt werden soll.

III. Bei den eigentlichen actionibus popularibus wenn lis contestirt worden ist; dann nämlich ist ein bestimmter Berechtigter vorhanden, der Gegenstand ist schon ohnehin ein dare, auch ist das Klagrecht nicht von einem Besitzstande abhängig, und daher lassen die Römer nun das publicum jus durch die in der Litis Contestation liegenden Novation [16]) in eine privatrechtliche Obligatio verwandelt werden und nennen von da an den Kläger auch Creditor [17])

Vergleichen wir die drei angegebenen Fälle, wo eine Actio als obligatio betrachtet wird, so bieten sich noch folgende Bemerkungen dar. Die aus der Verletzung ursprünglicher Obligationen entstandenen Klagrechte führen als Obligationen keinen besondern Nahmen, indem hier das accessorische Recht, weil das zu Grunde liegende Recht in allen wesentlichen Charakteren damit übereinstimmt, nur als eine untergeordnete Modification des letzteren und

---

16) Gajus III §. 108 l. 11 §. 1 l. 29 D. de novat. (46, 2) l. 23 D. de solut. (46, 3) l. 3 C. de novat. (8, 42)

17) l. 12 pr. D. de V. S. (50, 16) „Sed etsi ex delicto de„beatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi. „*Quod si ex populari causa, ante litis contestationem „recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.*“ Die l. 7 §. 1 D. de popul. act. (47, 23) und l. 56 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1) sind auf die Zeit vor dem judicium susceptum zu beziehen, dagegen l. 32 pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2) auf die Zeit nach der Litis Contestation, indem diese Stelle sagt, die actiones populares wären in bonis actoris. Der Ausdruck „Actor“ ist ja hier auch offenbar nur dann anwendbar, wenn der Proceß anhängig gemacht worden.

als in diesem aufgehend, angesehen wird. Eben so wenig haben die Römer eine eigene Benennung für die durch Litis Contestation zu Obligationen gewordenen Popular-klagrechte, hier wird der Ausdruck Actio beibehalten. Hingegen die unter No II aufgeführten Klagrechte werden durch die charakteristische Bezeichnung der obligationes ex delicto und quasi ex delicto unterschieden, weil die zu Grunde liegenden Rechte ganz heterogener Natur sind, so daß hier keine solche Verschmelzung wie bei den auf Obligationen gegründeten Klagrechten möglich ist, und weil hier das Klagrecht auch nicht erst mit der Litis Contestation die obligatorische Natur annimmt. Damit wäre also das Princip und die Grenze für die obligationes ex delicto und quasi ex delicto gefunden; es sind diejenigen Klagrechte, welche aus der Verletzung eines, einer physischen oder juristischen Person zustehenden dinglichen oder öffentlichen Rechts oder auch eines Klagrechts selber [18]) entstanden sind, nur dem Verletzten oder allenfalls auch einigen durch potestas, Vormundschaft, Verwandtschaft u. s. w. mit ihm verbundenen Personen zustehen, auf ein dare gerichtet, und von keinem Besitzstande des Verpflichteten abhängig sind. Jetzt läßt sich auch erklären, wie Theophilus [19]) die Obligationen Mütter der Aktionen nennen, und wie das Römische Recht so oft die Ausdrücke obligatio und actio als gleichbedeutend behandeln und

---

18) Ein Beispiel einer obligatio ex delicto aus Verletzung eines Klagsrechts gewährt die Entschädigungklage wegen alienatio judicii mutandi causa. Tit. D. de alien. jud. mut. caus. (4, 7).

19) Paraphras. III, 13 pr.

daher auch den einen statt des andern setzen kann. Bekanntlich bezog sich nach älterem Sprachgebrauche der Ausdruck Actio, sowol als Klage denn als Klagrecht genommen, nur auf obligationes; alle anderen Klagen und Klagrechte wurden als vindicationes, accusationes, Interdicta u. s. w. davon unterschieden. Da nun aber bei den Klagrechten aus den vertragsmäßigen Obligationen die actio fast gänzlich von der obligatio absorbirt wird, so daß sich nur noch hinsichtlich der Verjährung ihre besondere Existenz zeigt, da ferner bei den obligationes ex delicto die obligatio nur in der actio selber besteht, und da endlich bei den durch Litis Contestation zur Obligation umgewandelten actiones populares die obligatio sogar erst aus der actio hervorgeht, so ist es sehr natürlich, wenn man, so lange unter actio noch nicht wie später jede Klage und jedes Klagrecht verstanden ward, die Ausdrücke Actio und obligatio oft ganz gleichbedeutend gebrauchte, oder wenn man eins als die Ursache das andere als die Wirkung darstellte. Für den Sprachgebrauch des neueren Römischen Rechts paßt dies aber durchaus nicht mehr, indem Actio die allgemeine Bezeichnung für alle Klagrechte, höchstens die Accusationes ausgenommen [20]), geworden ist, und ich darf es daher wol unbedenklich eine grobe Nachlässigkeit des hier wenigstens gewiß mit Recht getadelten Theophilus nennen, wenn er a. a. O. von einer Sache so redet, als sey dieselbe zu seiner Zeit noch immer wahr gewesen, während er doch sehr gut wissen mußte, daß es damals ganz anders stand; höchstens dies kann ihn entschuldigen, daß es überhaupt Gewohnheit der Römischen Juristen ist, zuerst die alte feste Theorie vorzutragen, und dann am Ende beiläufig das neuere

---

20) pr. J. de public. jud. (4, 18)

schwankendere Verhältniß anzudeuten, was aber Theophilus auch zu thun versäumt hat.

Nun lassen sich auch die Obligationen sehr leicht noch nach einer andern Seite hin abgrenzen. Der gesetzliche Anspruch auf Alimentation und Dotation, das gesetzliche Recht der Frau und ihres Vaters auf Herausgabe der dos so wie es vor Justinian bestand, und endlich das Recht eines Ehegatten auf Rückgabe der donatio inter virum et uxorem, scheinen äusserlich alle Eigenschaften der Obligationen zu haben, und werden auch jetzt insgemein ohne Umstände diesen beigezählt, aber von den Römern geschieht dies nicht; es mag vielleicht in einzelnen Stellen der Ausdruck obligatio in dieser Anwendung vorkommen, doch entsinne ich mich nicht es gefunden zu haben, aber sollte es auch der Fall seyn, so würde dies doch eben so wenig über das Wesen jener Rechte entscheiden, als eine Schuldverschreibung oder ein Pfand darum zu den Obligationen gehören, weil auch sie zuweilen obligationes genannt werden. Die Römer können aber durchaus nicht jene Rechte unter die Obligationen setzen, weil dieselben publica jura sind und daher den Charakter der Unveräusserlichkeit und der Unvererblichkeit an sich tragen, wie oben gezeigt worden ist. Ueberdies sind jene Rechte zum Theil von einem Besitz- und Vermögensverhältnissen des Verpflichteten abhängig [21]) Demnach ist

---

21) So setzt z. B. die Dotations- und Alimentationspflicht ein gewisses Vermögen auf Seiten dessen voraus, dem diese Pflicht zur Last fallen soll, die Rückforderung der dos findet gegen den Mann nur Statt in quantum facere potest, und wegen der res inter virum et uxorum donatae kann keine Entschädigung gefordert werden, wenn der Beschenkte dieselben, ohne mittelbare Bereicherung, nicht mehr hat.

nun der Begrif der Römischen Obligationen dahin zu bestimmen, daß es Privatrechte sind, welche einem bestimmten Rechtssubject (gleichviel ob einer physischen oder juristischen Person) gegen ein anderes, auf ein bestimmtes Geben, Thun, Leisten oder Unterlassen, und zwar unabhängig von einem Besitzstande auf Seiten des Verpflichteten, zustehen.

Zur vollständigen Begründung der bisher aufgestellten Sätze scheint es mir nur noch Eines Beweises zu bedürfen, nämlich des Beweises daß die Römer wirklich die Klagrechte in öffentliche und privatrechtliche unterschieden haben. Dies ist jetzt darzuthun, wobei ich nur noch zu bemerken habe, daß bei den öffentlichen Klagrechten noch eine Eigenschaft vorkommt, die bei den andern juribus publicis nicht Statt findet und nicht Statt finden kann Bei den öffentlichen Klagrechten gilt nämlich der Grundsatz: res judicata jus facit inter omnes, während hingegen bei den Privatklagrechten res judicata nur unter den Partheien förmliches Recht nach Möserschem Sprachgebrauche bildet. Angedeutet finden wir dies in l. 3 § 13 D. de lib. hom. exh. (43,29), und in l. 45 § 1 D. de procurator. (3,3), der beste Bürge dafür muß aber die Nachweisung dieser Verschiedenheit bei den einzelnen Arten der Klagrechte seyn, auch könnte man sonst leicht durch leztere Stelle zu glauben verleitet werden, daß nur alsdann Andere durch das Urtheil vom Klagen ausgeschlossen würden, wenn ein persönlich Intereſſirter geklagt habe, was indessen schon durch l. 6 D. de sepulchro violato (47,12) widerlegt wird.

§. 37.

I. Oeffentliche Klagrechte.

I. Actiones populares. Es ist oben gezeigt worden,

daß diese eigentlich Klagen des Staates sind und daher der einzelne Kläger nur als Repräsentant des Staates auftritt, auf den also, wenn er gleich ein procurator in rem suam genannt werden kann, weil er die zu erlegende Pön für sich behält, vollkommen anzuwenden ist was das Römische Recht in ähnlicher Beziehung hinsichtlich der operis novi nuntiatio in causa publica ausspricht, nämlich daß man dies Recht nicht um seinetwillen, sondern des Staates wegen habe „quia Reipublicae interest quamplurimos ad defendandum suam causam admittere“ [22]). Das Recht, eine actio popularis anzustellen, ist nun als ein Ausfluß des jus postulandi ein, jedem Staatsbürger für sich, für sein Individuum zustehendes Recht und daher kann schon der Natur der Sache nach von Vererbung eines Populärklagrechts nicht die Rede seyn. Dies finden wir nun auch aufs Bestimmteste ausgesprochen, indem nach zahlreichen und klaren Stellen die actiones populares, erst wenn Lis contestirt worden, auf die Erben übergehen sollen [23]), was aber diese leztere Ausnahme betrifft, so ist dieselbe sehr natürlich, weil hier nach geschehener Litis Contestation eine Obligatio zwischen Kläger und Beklagten existirt [24]) und weil es ja überhaupt Grundsatz ist, daß mit der Kriegsbefestigung das dominium litis auf den Procurator übergehe [25]). Man muß sich aber hier nicht durch etwas täu-

---

22) l. 4 D. op. nov. nunt. (39, 1)

23) l. 5 §. 5 D. de his qui effud. vel. dejec. (9, 3) l. 7 pr. D. de popul. act. (47, 23) l. 12 pr. D. de V. S. (50, 16)

24) Siehe oben Note 16 und Note 17.

25) l. 1 C. Th. de cognitor. et procur. (2, 12). Bei der Aufnahme dieser Stelle in den Codex in l. 23 C. de procurat.

schen lassen, was leicht Mißverständnisse veranlassen kann und auch schon wirklich veranlaßt hat. Wenn nämlich eine Handlung aus welcher eine actio popularis entspringt, zugleich eine Rechtsverletzung in Beziehung auf ein bestimmtes Rechtssubject im Staate enthält, dann soll dieses letztere zunächst zu klagen berechtigt seyn [26]) und dieses transmittirt nun auch sein Klagrecht auf seine Erben [27]). Allein für den bestimmten Verletzten ist ja in diesem Fall in der That nicht bloß ein Popularklagrecht, sondern eine wahre obligatio ex delicto vorhanden, und man darf es gewiß mit Recht sehr unpassend nennen, wenn das Römische Recht auch in Rücksicht des Verletzten von einer actio popularis spricht [28]). Noch seltsamer scheint auf den ersten Anblick, wenn die actio sepulchri violati auf die Sui übergehen soll, auch wenn sie ihren Vater nicht beerbt, sondern sich des benificium abstinendi bedient haben [29]). Wir haben nun aber oben gesehen, daß

(2, 13) hat Justinian den Uebergang auf die Erben des Procurators als Folge des dominium litis weggelassen.

26) l. 3 §. 1 D. de popul. act. (47,23) l. 6 D. de sepulchro viol. (47, 12)

27) l. 5 § 5 u. 13 D. de his qui effud. vel. dej. (9, 3) Es ist wohl zu beachten, daß in dieser Stelle zuerst von dem Klagrecht des Verletzten uud erst nachher von der actio popularis die Rede ist.

28) l. 3 §. 1 D. de popul. act. (47, 23)

29) l 20 §. 5 D. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2) l. 10 D. de sepulchro viol. (47, 12) Die letztere Stelle bezeichnet den Suus durch den Ausdruck necessarius heres, daß aber wirklich von dem Suus die Rede sey, geht aus der Bemerkung „si se bonis non immiscuisset" hervor, denn dies kann nur auf das beneficium acstinendi gehen,

das Recht an Begräbnissen, an locis religiosis, kein Eigenthum und überhaupt kein Privatrecht, sondern ein publicum jus sey. Als ein solches steht dies Recht unabhängig von aller Vererbung den Individuen zu, für welche es ein mal gesezlich begründet ist; begründet ist es aber für alle Mitglieder der Familia, und daher enthält jene Bestimmung nichts als die consequenteste und vollkommenste Bestätigung meiner Theorie über die öffentlichen Rechte.

Die Unveräusserlichkeit der Popularklagrechte übergehe ich hier, indem davon besser in der Folge gehandelt werden wird; dagegen ist jezt die besondere Eigenschaft der öffentlichen Klagrechte nemlich daß res judicata jus facit inter omnes, in Beziehung auf die actiones populares zu erweisen, und dies ist nun auch nicht schwer, indem es an einem ausdrücklichen Zeugnisse nicht fehlt [30]) Indessen ist dies innerhalb der gehörigen Grenzen zu verstehen; denn wenn z. B. jemand mit der Actio de positis et suspensis belangt und condemnirt worden ist, aber dennoch die Gefahr drohende Sache nicht weggenommen hat so muß natürlich noch immer jeder ex populo von Neuem gegen ihn auftreten können, weil der Klaggrund noch immer fortdauert. Zwar kann ich in Beziehung auf das angeführte Beispiel nicht gerade Belegstellen dafür angeben, aber die Analogie des Interdictum de libero homine exhibendo ist dafür, wo immer von Neuem geklagt werden kann, wenu der Gefangene noch nicht loß gelassen worden ist [31]).

---

der servus institutus mußte ja unbedingt die Erbschaft nehmen.

30) l. 6 D. de sepulchro viol. (47, 12)

31) l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exhib. (43, 29)

II. Interdicta publica oder popularia. Was eigentlich Paulus mit der Bemerkung sagen will „ad privatas causas adcommodata sunt interdicta, non ad publicas“ [32]) weiß ich wirklich nicht anzugeben, denn einestheils kommt ja eine Menge von Interdicten de rebus publicis vor, anderntheils werden diese in sehr vielen Stellen ausdrücklich als interdicta publica oder popularia bezeichnet [33]), und endlich ist auch oben beim jus postulandi gezeigt worden, daß diesen Interdikten, eben wie den Popularklagen, die Idee einer gesetzlichen Procuratur für den Staat zu Grunde liegt. Paulus unterscheidet auch selber hinsichtlich des Interdictum de via publica, ob man ein Privatinteresse dabei habe oder nicht [34]); es bleibt also wol nichts übrig als anzunehmen, daß unser Polygraph bei seiner Vielschreiberei einmal die Feder ohne den Kopf gebraucht habe; es müßte denn die erwähnte Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange, sich nur auf bestimmte Interdicte bezogen haben, oder Paulus müßte darauf anspielen, daß nach älterm Recht wenn der Beklagte dem Befehle des Prätors ohne rechtlichen Grund nicht Folge leistete, er seltsam genug dem Kläger in sein durch das juramentum in litem zu bestimmendes Interesse condemnirt ward, [35]) wobei man

---

32) l. 14 D. de injur. (47, 10).

33) l. 1 pr. D. de interd. (43, 1) l. 2 §. 34 D. ne quid in loc. publ. (43, 8) l. 1 §. 3 D. de via publ. (43, 11) l. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. (43, 13) l. 3 §. 9 — 13 D. de lib. hom. exh. (43, 29) l. 13 D. ad exhib. (10. 4)

34) l. 42 pr. D. de procurator. (3, 3)

35) l. 2 §. 34 D. ne quid. in loc. publ. (43, 8) l. 1 §. 3 D. de via. publ. (43, 11) l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exh. (43, 29)

eigentlich nicht sieht, worin dieses Interesse in der Regel bestehen konnte; beide Möglichkeiten scheinen mir aber nicht viel für sich zu haben.

Wenden wir uns jetzt zu den Charakteren der öffentlichen Klagrechte, so ist zunächst dies gewiß, daß auch bei den Interdictis popularibus das Urtheil förmliches Recht für alle bildet, so ferne nur der Klaggrund auch wirklich mit dem Urtheile aufgehört hat [36]). In Rücksicht der Vererblichkeit der Interdicta publica weiß ich zwar keine bestimmte Stelle dawider anzuführen, allein die Analogie der Popularklagen und der unten zu erörternden Accusationen liegt zu nahe, als daß wir wegen dieser Eigenschaft bei einem Rechte in Zweifel seyn könnte, welches seinem ganzen Wesen nach so entschieden zu den publicis juribus gehört. Auch finden wir hier den vorzüglich wichtigen Charakter der Unveräusserlichkeit durch Privatverträge, wofür indessen erst weiter unten der Beweis geliefert werden kann.

III. Accusationes populares. Die Sache aber nicht der Name ist Römisch. Wir müssen hier ein Paar Punkte aus der Geschichte des Römischen Criminalrechts herausheben. In der ältern Zeit unterschied man bekanntlich Verbrechen und Vergehen auf denen eine Criminalstrafe, eine poena publica stand, also die crimina oder delicta publica im weiteren Sinne, in die eigentlichen delicta publica und in die crimina extraordinaria [37]), je nachdem ihre Untersuchung und Bestrafung vor die Volksversammlung oder die, diese vertretenden quaestiones perpetuae gehörte oder wie es ausnahmsweise Statt fand,

---

36) l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exh. (43, 29)

37) l. 1 D. de public. judic. (48, 1)

an die gewöhnlichen Magistratus ressortirte [38]), welche letzteren aber auch regelmäßig nicht ex officio, sondern nur wenn ein Ankläger auftrat einschreiten durften [39]), auch die Sache nicht wie es bei den delictis privatis der Fall war, im Verfahren des ordo judiciorum privatorum, sondern vielmehr auf eine der extraordinaria cognitio in Civilsachen entsprechende Weise verhandelten. Dieses ganze Verhältniß änderte sich später in so ferne, daß alle crimina und delicta publica ohne Ausnahme crimina extraordinaria wurden, wenn man sich mit den Römern noch immer dieses Ausdrucks zur Bezeichnung des, jetzt zur Regel gewordenen ehemaligen ausserordeutlichen Verfahrens bedienen darf, indem die Volksgerichte und die quaestiones perpetuä wegfielen und die Untersuchung aller Verbrechen an die gewöhnlichen Staatsbehörden, die Statthalter, den „praefectus urbi u. s. w. kam: „Ordo exercendorum pu„blicorum capitalium in usu esse desiit: durante tamen „poena Legum cum extraordinem crimina probantur.[40])

---

38) l. 2 §. 16 u. 23 D. de orig. jur. (1, 2) Dig. lib. XLVII tit. 11 — 22.

39) Ausnahmen die die aber zum Theil der spätern Zeit angehören, und sich hauptsächlich auf die Statthalter beziehen, enthalten l. 13 D. de offic. praes. (1, 18) l. 4 §. 2 D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13) l. 7 C. de accusat. (9, 2) l. 10 C. de episc. et cler. (1, 3), l. 2 §. 25 D. ne quid in loco publ. (48, 8), Nov. 128 c. 21.

40) l. 8 D. de publ. jud. (48, 1). S. auch l. 7 §. 3 D. de leg. Jul. repetund. (48, 11), l. 3 l. 15 §. 1 D. ad SCt. Turpill. (48, 16), l. 1 §. 3 l. 12 l. 13 D. de poenis (48, 19). Die letztere Stelle bezieht sich darauf, daß in früheren Zeiten das Verfahren extra ordinem, wenn der Schuldige ein Römer war, nur geringere Vergehen betraf, wobei keine poenae capitales verhängt werden

auch sehr wichtige Aenderung war die, daß wegen der delicta privata regelmäßig auch auf eine Criminalstrafe soll geklagt werden können [41]), wenn man diese lieber will als die poena privata [42]).

Aber auch bei der neueren Gestaltung der Dinge hat das Römische Recht den Grundsatz festgehalten, daß regelmäßig ein Kläger auftreten müsse, wenn gestraft werden solle, und eben deshalb sind in späteren Zeiten öffentliche Ankläger, Agentes in rebus angestellt worden. Daß nun eine solche Anklage im Allgemeinen Accusatio genannt wurde, ist bekannt, aber hier von weiter keinem Interesse, dagegen kommt es hier gar sehr in Betracht, wer eine solche Accusatio erheben dürfe, und hier macht das Römische Recht eine wichtige Unterscheidung. In einigen Fällen kann nämlich nur ein bestimmter Verletzter die Criminalanklage erheben, und höchstens wird dies Recht auch unter Umständen einigen mit jenem durch Verwandtschaft verknüpften Individuen eingeräumt; in andern Fällen hingegen kann jeder ex populo auftreten,

---

durften und noch dazu provocatio ad populum Statt fand.

41) §. 10 J. de injuriis (4, 4) l. 92 D. de furtis (47, 2) l. 45 D. de injuriis (47, 10) Tit. D. Stellionatus (47,20) Das Crimen stellionatus läuft meiner Meinung nach parallel mit der actio de dolo in factum. Es bildete sich der Grundsatz, daß wegen jeder dolosen Rechtsverletzung geklagt werden könne, und zwar electiv auf eine poena extraordinaria oder auf Schadenersatz; im ersten Fall war es actio stellionatus, im zweiten Fall actio de dolo in factum.

42) l. 56 §. 1 l. 92 D. de furtis (47, 2) l. 6 l. 7 §. 1 D. de injur. (47,10) l. un. C. quando civ. act. crim. praejud. (9, 31) l. 4 D. de publ. jud. (48, 1)

und dies sind die Fälle welche ich unter dem Namen der Accusationes populares begreife, auch werden sie vorzugsweise von den Römern judicia publica genannt [43]). Diese letzteren sind nun hier allein der Gegenstand unserer Betrachtung, denn sie beruhen auf Einer Idee mit den Popularklagen und Interdikten, nämlich auf der Ansicht, daß eigentlich der verletzte Staat der Kläger, und der ex populo Auftretende nur sein Procurator sey; der Unterschied von jenen Klagrechten und Klagen liegt bloß im Object, indem die Accusationes auf eine poena publica gerichtet sind, die actiones populares hingegen auf ein dare und die Popularinterdikte auf ein Unterlassen.

Die so eben erwähnte und schon oben erwiesene Natur der Accusationes populares als Klagrechte des Staates, die der einzelne Bürger nur Namens des letzteren ausübt, verbunden mit ihrem Namen, führt nun an sich schon unmittelbar darauf, diese Klagrechte als jura publica zu betrachten, und daher finden wir denn auch alle dazu erforderlichen Eigenschaften hier beisammen. Der allein den öffentlichen Klagrechten eigenthümliche Charakter, daß res judicata jus facit inter omnes, möge den Anfang machen. Dieser scheint nun aber gerade hier, wo man es am wenigsten vermuthen sollte — denn es wäre doch arg, wenn man für ein Verbrechen unaufhörlich von Neuem angeklagt werden könnte — durchaus nicht Statt zu finden. Es heißt nämlich in dieser Beziehung: „Hisdem „criminibus, quibus quis liberatus est, non debet „Praeses pati eundem accusari: et ita Divus Pius „Salvio Valenti rescripsit. Sed hoc utrum ab eodem

---

43) §. 1 J. de publ. jud. (4,18) „Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo excecutio eorum plerumque datur".

„an nec ab alio accusari possit, videndum est? *Et „putem, quoniam res inter alios judicatae alii non „praejudicant, si is, qui nunc accusator extitit, suum „dolorem persequatur; doceatque ignorasse se accusa„tionem ab alio institutam: magna ex causa admitti „eum ad accusationem debere*“ 44). Daſſelbe finden wir hinſichtlich der Accusatio adulterii ausgeſprochen: „Si „ante extraneus instituerit accusationem, an super„veniente marito permittatur accusatio, quaeritur? „et magis arbitror, hoc quoque casu maritum au„diendum, si non negligentia praeventus est. Et „ideo, et si accusatione instituta, absoluta sit mulier „extraneo accusante, tamen marito debet permitti „restaurare accusationem, si idoneas causas allegare „possit, quibus impeditus non instituit accusationem 45). Beide Stellen ſind von Ulpian, und damit müſſen wir noch eine andere Aeuſſerung von demſelben verbinden: „Nam nec in publicis judiciis permittitur „amplius agi, quum semel actum est, quam si prae„varicationis fuerit damnatus prior accusator.“ 46). In dieſer Stelle iſt die Regel ſehr beſtimmt ausgeſprochen, daß nach einmal gefällter Sentenz wegen deſſelben Verbrechens nicht wieder geklagt werden könne. Nehmen wir dazu nun, daß ausdrücklich als beſondere Ausnahmen hervorgehoben werden, wenn ein abſolutoriſches Urtheil blos wegen Contumaz des Anklägers gefällt 47), oder wenn der

---

44) l 7 §. 2 D. de accusat. (48, 2)

45) l. 4 §. 2 D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5)

46) l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exh. (43, 29)

47) l. 4 C. de accusation. (9, 2)

frühere Ankläger der Prävarikation überführt worden ist [48]), so wird man sehr in Versuchung gebracht anzunehmen, daß es mit den beiden obigen anscheinend widersprechenden Stellen eine besondere Bewandniß haben müsse, und auf eine solche leitet die letztere derselben ohne große Schwierigkeit hin. Die Accusatio adulterii ist nicht von Anfange an popularis, sondern steht zunächst nur dem Ehemann, dem Vater, dem Bruder und dem väterlichen und mütterlichen Oheim der Frau zu [49]), nur müssen diese Personen innerhalb sechszig dies utiles nach geschehener That auftreten, sonst ist jeder ex populo Anklage zu erheben berechtigt [50]). Betrachten wir jetzt die letztere der beiden erwähnten Stellen, so ist ja in der That offenbar, daß sie sich nur auf den Fall bezieht, wenn der Ehemann ohne seine Schuld seine Klagfrist unbenutzt hat verstreichen lassen, und da er nun doch nur auf den Beweis triftiger Entschuldigungen für sein Versäumniß, zur Anklage zugelassen werden soll, wenn schon ein Anderer geklagt hat nnd die Frau absolvirt worden ist, so liegt hier sichtbar die Idee einer in integrum restitutio zu Grunde.

Dies auf die erstere Stelle angewandt, leidet es unstreitig kein Bedenken, daß was jene speciell für das crimen adulterii aufstellt, in dieser nur allgemein für alle Fälle ausgesprochen werde, da aus einem Verbrechen zunächst nur gewisse bestimmte Personen, und erst wenn diese es nicht gethan haben, jeder ex populo Klage erheben kann.

---

48) l. 11 C. de accusation. (9, 2) l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exhib. (43, 29)

49) l. 14 §. 2 l. 30 §. 1 D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) l. 30 C. eod. (9, 9)

50) l. 4 l. 11 §. 6 l. 14 §. 2 D. eod.

Habe ich hier etwas ausführlich seyn müssen, so kann dagegen die Unvererblichkeit der Popularaccusationen desto kürzer abgehandelt werden, weil ich mich hier nur auf eine Menge klarer Stellen zu beziehen brauche [51]). Hier kommt auch nicht einmal die Ausnahme durch Litis Contestation vor, die wir bei den Popularklagen gefunden haben, aus dem einfachen Grunde, weil bei den Accusationen überhaupt keine Litis Contestation Statt findet, indem das ganze Verfahren womit diese im Römischen Recht zusammenhängt, bei criminellen Anklagen gar nicht eintritt [52]).

Jetzt ist nur noch die Unveräusserlichkeit dieser Klagrechte zu erweisen übrig, wobei wir dieselben aber mit den Actionibus und Interdictis popularibus zusammenfassen müssen. Von Uebertragung dieser Rechte auf Andere ist nirgends im Römischen Rechte die Rede; vor Erhebung des Processes wäre überhaupt eine solche Uebertragung etwas ganz Widersinniges, weil jeder diese Rechte schon selber hat; nach angestellter Klage ließe sich freilich eine Cession wol denken, aber diese ist ausdrücklich verboten, es wird hier kein Procurator zugelassen [53]), eine andere Uebertragung als die Cession, als das mandatum actionum ist ja aber bei Klagrechten nicht möglich. Nur also dies frägt sich, ob man den Popularklagrechten im weitesten Sinne entsagen könne, aber gerade hierüber haben wir wieder eine ganz entscheidende Stelle: „Si paciscar *ne operis novi nuntiationem exequar*: quidam putant

---

51) l. 3 §. 4 D. de accusat. (48, 2) l. 13 pr. D. de publ. jud. (48, 1) l. 10 pr. D. ad SCt. Turpill. (48, 16) l. 6 C. si. reus vel accus. (9, 6)

52) pr. J. de publ. jud. (4, 18)

53) S. erstes Buch, Note 48 Seite 65.

non valere pactionem, quasi in ea re Praetoris imperium versetur. Labeo autem distinguit: ut si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci: *si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est.* Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum Praetoris pertinentibus, *quae non ad publicam laesionem sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet.* Nam et de furto pacisci lex permittit [54]). Labeo unterſcheidet hier, was Ulpian billigt, ob jemand in causa privata oder in causa publica opus novum nuntiirt hat. Die operis novi nuntiatio hat nun aber ein rechtliches Verfahren wegen der Gültigkeit des Verbots zur Folge, wobei der Nuntiant im erſten Fall proprio jure, im letzteren als Procurator des Staates den Proceß führt, wie ſchon im erſten Buch beim jus postulandi gezeigt worden iſt. Dabei entſteht die Frage, ob der Nuntiant ſich verpflichten könne, dieſen Proceß nicht zu führen. Unſere beiden Juriſten verwerfen aber ein ſolches pactum unbedingt, wenn man in causa publica gehandelt hat, allein ſie ſtellen dies nicht als etwas Beſonderes bei der novi operis nuntiatio dar, ſondern gründen ihre Meinung ausdrücklich auf einen allgemeinen Rechtsſatz, der nun vollkommen auf unſere Klagrechte Anwendung leidet, denn auch von dieſen gilt, daß ſie ad publicam laesionem respiciunt, auch hier handelt ja der Kläger als Vertreter des Staates, und daher muß auch hier ein aufgebendes pactum als de re publica und nicht de re familiari geſchloſſen, verworfen werden. Dieſe Combination iſt gewiß zu einfach, als daß ſie nicht einen bündigen Beweis liefern ſollte; indeſſen wird ſie auch noch durch andere Gründe unterſtützt. „De criminibus propter infamiam nemo cum adversario

---

54) l. 7 §. 14 D. de pactis (2, 14)

pacisci potest“ sagt Paulus [55]) und sogar Transact ist bei den Accusationen ausgeschlossen, so ferne dieselben ein crimen non capitale d. h. welches weder physischen noch bürgerlichen Tod zur Folge hat [56]) betreffen, und daß es bei den Capitalverbrechen anders ist, beruht nur auf einer seltsam milden Ansicht der Römer, die es verzeihlich finden, seinen Kopf auf jede Weise salvirt zu haben [57]), ein Grund, aus welchem sogar Bestechung dem Beklagten verziehen wird [58]). Gerade dieselben Grundsätze werden aber auch über das pacisci de criminibus aufgestellt [59]), was in Verbindung mit der citirten Stelle von Paulus wenigstens hinsichtlich der Accusationen die Unmöglichkeit denselben zu entsagen hinlänglich beweist, und daher auch rückwärts wieder den aus Ulpian's und Labeo's Aeusserung gezogenen Schluß bekräftigt. Bei den eigentlichen Popularklagen muß übrigens wol Transact gültig seyn, weil dieselben ja von der Litis Contestation an die Natur der obligationes ex delicto annehmen; jedoch steht auch wieder entgegen, daß ein Procurator keinen Vergleich schließen darf, und daß dies namentlich von den öffentlichen Procuratoren gilt [60]).

IV. Accusationes und Actiones des Familienrechts. Indem oben gezeigt worden ist, daß das Familienrecht pu-

---

55) Consultat. vet. ICti. IV.

56) §. 2 J. de publ. jud. (4, 18) l. 2 D. eod. (48, 1)

57) l. 18 C. de transact. (2, 4) l. 1 D. de bon. eor. qui ante sent. (48, 21) l. 1 §. 7 D. ad SCt. Turpill (48, 16)

48) l. ult. D. de praevaricat. (47,15).

59) l. 18 C. de transact. (2, 4) Ein solcher Vertrag hat sogar die Strafe des SCt. Turpillianum zur Folge l. 15 pr. D. ad SCt. Turpill. (48, 16)

60) l. 13 D. de transact. (2, 15)

blici juris sey, so ist schon an sich die Vermuthung dafür, daß die darauf sich beziehenden Klagrechte zu den öffentlichen Klagrechten gehören und dies läßt sich auch wirklich sehr bestimmt nachweisen.

1. Accusatio adulterii. Nach älterem Recht fand ausser dem Tödtungsrecht welches dem Vater und vor der Lex Julia de adulteriis auch dem Mann einer ehebrecherischen Frau zustand [61]), wegen Verletzung des ehelichen Verhältnisses, bei der freien Ehe kein anderes Rechtsmittel Statt als die actio und retentio propter mores, und bei der in manum conventio kein anderes als das Familiengericht, welches der Mann mit einigen nahen Verwandten über die Frau halten konnte [62]). Die Lex Julia de adulteriis führte nun aber eine Criminalanklage des Ehebruchs und überhaupt für manche Fälle der Unkeuschheit ein. Diese Accusatio ist regelmäßig popularis, so z. B. wenn ein Ehemann des Ehebruchs beschuldigt wird [63]), wo sogar die Frau die einzige Person ist welche nicht klagen kann [64]), oder wenn eine matrona sich eines unehrbaren Lebenswandels schuldig macht [65]); nur beim Ehebruch

---

61) Paulus S. R. II, 26 §. 4 Collat. L L. M. et R. IV §. 3 u. 12 l. 24 pr. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) l. 1 §. 4 D. ad leg. Cornel. de sicar. (48.8) l. 4 C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9) Nov. 117 c. 15 Gellius N. A. X c. 23 S. Menagii Amoen. jur. civ. c. 10 am Ende.

62) Tacit. Annal. XIII. c. 32. Plin. H. N. XIV. c. 13 Sueton. in Tiber. c. 35 Dion. Hal. II. p. m. 52.

63) l. 39 §. 1 D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5)

64) Gellius. N. A. X c. 23, l. 1 C. ad leg. Jul. de adulter. (9, 9)

65) Sueton. in Tiber. c. 35.

einer Frau ist, wie schon oben bemerkt worden, zunächst nur dem Ehemann und einigen der nächsten Verwandten ein Klagrecht eröffnet, jedem ex populo aber erst dann, wenn jene Personen sechszig Tage ungenutzt haben verstreichen lassen [66]), oder wenn der Mann des crimen lenocinii überführt werden kann [67]). Die Römer unterscheiden nun aber öffentliche und Privataccusationen [68]) und letztere sind, wie unten gezeigt werden soll, diejenigen, welche nicht jedem ex populo, sondern nur dem Verletzten zustehen, was namentlich von den meisten der älteren crimina extraordinaria gilt. Es frägt sich daher, zu welcher Klasse der Criminalanklagen jene accusatio adulterii des Ehemanns und der Verwandten gegen die Frau zu zählen sey. Der Regel nach müßte sie zu den Privataccusationen gezählt werden, aber als ein Ausfluß des Familienrechts wird sie unter die accusationes publicae gesetzt [69]), und hat daher auch alle Eigenschaften der öffentlichen Klagrechte, denn sie ist innerhalb 60 Tagen durch-

---

66) Siehe oben die Stellen in Note 49 u. 50.

67) l. 26 pr. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5)

68) S. z. B. l. 1 §. 3 D. de poenis (48, 19) „Generaliter placet, in legibus publicorum judiciorum *vel privatorum criminum*, qui extra ordinem cognoscunt Praefecti vel praesides, ut eis, qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam inducant". l. 3 D. ad SCt. Turpill. (48, 16) „Et *in privatis* et in extraordinariis criminibus omnes calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi plectuntur".

69) §. 3 J. de publ. jud. (4, 18) „*publica judicia* sunt haec: Lex Julia majestatis, et. rel". §. 4 J. eod. „Item Lex Julia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, et rel".

aus an die Individuen des Ehemanns, des Vaters, des Bruders und des mütterlichen und väterlichen Oheims der ehebrecherischen Frau geknüpft, und von Vererbung, im Fall eine dieser Personen vor Ablauf jener Frist stirbt, ist nirgends die Rede. Eben so wenig kann diese Accusation vertragsmäßig übertragen oder aufgegeben werden [70]; nicht einmal Vergleich nach erhobenem Proceß ist zulässig [71]; Verträge dieser Art, vom Manne geschlossen, gehen sogar in ein eignes Verbrechen, das crimen lenocinii über und werden hart bestraft [72]. Was aber endlich den Grundsatz: res judicata jus facit inter omnes betrifft, so ist schon oben bei den Popularaccusationen gezeigt worden, daß die lex 4. §. 2. D. ad leg. Jul. de adulter. (48,5) die einzige hier entscheidende Stelle auf der Idee einer in integrum restitutio beruhe, wobei vielleicht eben die Verwandtschaft der accusatio adulterii mit den Privataccusationen mitgewirkt haben mag. Andere Accusationen des Familienrechts als die eben abgehandelte, wüßte ich nicht anzugeben, dagegen giebt es eine ziemliche Anzahl hierher gehöriger Actiones, zu denen wir uns daher jetzt wenden.

2. Causae status. Die causae status lassen sich in vier verschiedenen Beziehungen denken; der Streit kann nämlich die Frage betreffen, 1) ob zwei Personen in einem Adscendenz- und Descendenzverhältniß zu einander stehen; 2) ob zwei Personen in einem Ehe- oder Verwandtschaftsverhältniß zu einander stehen; 3) ob jemand ein Freigelassener oder ein Freigeborner, und im ersten Fall wessen

---

70) l 10 C. ad. leg. Jul. de adulter. (9, 9) l. 13 §. 1 D. de publ. jud. (48, 1)

71) l. 18 C. de transact. (3, 4)

72) Man sehe z. B. l. 11 pr. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5)

Freigelassener er sey; 4) ob jemand ein Sklave oder ein freier Mensch, und im ersten Fall, wessen Sklave er sey. In allen vier Beziehungen lassen sich noch drei wol zu unterscheidende Fälle von einander sondern: 1) Es kann der Streit sich darauf beziehen, ob zwischen den streitenden Theilen eines jener Verhältnisse statt finde, ob also die eine Parthei Adscendent, paterfamilias, Ehegatte, Verwandte, Patron oder Herr der Andern sey oder nicht, gleichviel ob hier die läugnende oder die behauptende Parthei als Kläger aufgetreten ist [73]). 2) Es kann aber auch der Streit sich darauf beziehen, daß beide Theile sich gegenseitig ein solches Verhältniß zu einem Dritten bestreiten, indem z. B. jeder die patria potestas über einen bestimmten filiusfamilias zu haben behauptet. 3) Endlich kann aber auch über den status bloß als über ein für irgend ein anderes Recht präjudicielles Verhältniß gestritten werden, wo also nicht sowol ein Familienverhältniß, sondern ein anderes Recht Gegenstand des Streits ist, und jenes nur in Frage kommt, weil auf den Grund desselben dieses andere Recht in Zweifel gezogen wird, wie z. B. wenn jemand den im Testamente eingesetzten Erben die Erbschaft bestreitet, weil er ein Sohn des Erblassers und präterirt zu seyn behauptet, jene aber ihn als solchen nicht anerkennen wollen [74]). Der letztere dieser drei Fälle hat kein weiteres Interesse für uns; jeder hat hier das Klagrecht, dem das von einem Andern auf den Grund seines status bestrittene Recht zusteht, und in soferne dies vererblich ist, ist es auch jenes Klagrecht wider den status

---

73) Die actio de partu agnoscendo ist nur eine Modification dieses Falls, indem die Mutter hier das Kind vertritt.

74) l. 3 §. 11 u. 12 D. de Carbon. edicto (37, 10)

des Gegners [75]). Ob res judicata hier förmliches Recht für Jedermann bilde, weiß ich mit Bestimmtheit nicht anzugeben; ich habe weder klare Stellen dafür, noch dagegen auftreiben können, und der gewöhnlich aufgestellte Satz, daß bei jedem den status betreffenden Proceß das Urtheil jus inter omnes mache, ist nicht durchaus wahr, wie bald gezeigt werden soll. Daß man auch hier seinem Klagrechte entsagen und es auf Andere übertragen könne, so ferne das zu Grunde liegende Recht aus dessen Bestreitung das Klagrecht erwachsen ist, ein veräußerliches Recht ist, versteht sich von selber, denn dies hat auf den status desjenigen, gegen welchen man klagen könnte, gar keinen Einfluß, mithin kann wol die privatrechtliche Natur dieser quaestio status mit ziemlicher Sicherheit als entschieden angenommen werden.

Ganz anders verhält es sich mit den causae status der ersten und zweiten Art, wobei wir jedoch vorläufig noch den Fall ausscheiden müssen, wenn darüber gestritten wird: wem dominium und potestas an einem Sklaven zustehe, oder ob jemand ein Sklave sey oder nicht. Hier ist nun der status nicht bloß um eines anderen Rechtes willen Gegenstand des Streits, sondern er selber ist Grund und Zweck des Processes; es ist hier so recht eigentlich die Absicht auszumachen und zu fixiren, welchen Platz, welche Stellung jemand in der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt und namentlich in einer Familienverbindung einnehmen soll. Hier ist von dem Klagrecht die Existenz öffentlicher Rechte, der Staatsbürger- oder Familienrechte abhängig [76]), und man könnte jenem Klagrecht nicht ent-

---

75) l. 3 §. 7 D. eod.

76) Es ist wol zu beachten daß ich sage, die Existenz eines publicum jus sey von dem Klagrecht abhängig, denn

sagen, ohne sich auch der öffentlichen Rechte zu entäussern, für welche jenes entscheidend ist. Es liegt zu Tage, daß wenn man sich jenes Klagrechts auf Anerkennung der bestrittenen Qualität als Vater oder Patron durch einen Privatvertrag, durch ein pactum de non movenda quaestione status begeben dürfte, dann hier in der That eine wahre abdicatio oder ἀποκήρυξις, ein Niederlegen jener Rechte durch nudus consensus zugelassen würde, was aber das Römische Recht durchaus nicht gestattet, wie oben ausführlich gezeigt worden ist. Ebendasselbe gilt aber von einer vertragsmäßigen Entsagung hinsichtlich des Klagrechts auf Anerkennung des bestrittenen status als homo sui juris, ingenuus u. s. w. Von einer Uebertragung jener actiones auf Andere kann ferner der Natur der Sache nach nicht die Rede seyn, so wenig als von Vererbung derselben, denn sie sind natürlich an das Individuum dessen gebunden, bei dem die gesetzlichen Bedingungen um einen gewissen status für sich in Anspruch nehmen zu können zusammentreffen. Es kann aber wol mehrere Individuen geben, die durch Abstammung von einander sämmtlich auf dasselbe Klagrecht Anspruch haben, z. B. wenn Cajus ein Klagrecht gegen den Sempronius auf Anerkennung als Sohn desselben hat, so muß dieses den Kindern des Cajus auch zustehen [77]), allein diese Bestimmung für einen gewissen status durch Geburt ist doch

---

das bloße Entspringen eines Klagrechts aus der Verletzung oder Bestreitung eines publicum jus macht dasselbe noch nicht zum öffentlichen Klagrecht, sonst müßte auch die actio injuriarum den letzteren beigezählt werden, aber diese ist durchaus privatrechtlich und kann daher auch erlassen werden l. 11 §. 1 D. de injur. (47, 10)

77) l. 3 §. 2 D. de lib. agnosc. (25, 3)

von einer eigentlichen Vererbung noch sehr weit verschieden, wie schon wiederholt bemerkt worden ist. Am entschiedensten tritt hier aber endlich der den öffentlichen Klagrechten eigenthümliche Charakter, daß res judicata förmliches Recht für Alle macht, hervor [78]) und daher darf ich auch wol hinsichtlich der causae status den Beweis meiner Theorie für so weit durchgeführt ansehen, als es die Dürftigkeit der Quellen über diesen Gegenstand nur immer gestattet.

Noch ist aber der Streit in Beziehung auf Sklaverei zu betrachten übrig. Hier ist nun zuvörderst bekannt, das der Fall, wenn Zwei unter sich über das Recht an einem Sklaven streiten, gar nicht als eine causa status, sondern als ein bloßer Eigenthumsstreit behandelt werde. Aber auch in dem Fall, wenn darüber gestritten wird, ob jemand Sklave sey oder nicht, hat die darin zugleich enthaltene Frage: ob hier Eigenthum an einer Sache Statt finde oder nicht, bewirkt, daß dieser schon seinem historischen Ursprunge nach von den andern causae status wesentlich verschiedene [79]) Rechtsstreit, das eigentliche liberale judicium, als etwas Privatrechtliches angesehen wird. Wer daher befugt ist, jemanden als seinen Sklaven in servitutem zu vindiciren, der transmittirt dies Recht auf alle seine Erben [80]) und aus demselben Grunde gilt hier auch nur die Regel: res judicata jus facit inter partes, ein Grundsatz, von welchem bloß

---

78) l. 25 D. statu hom. (1, 5) l. 1 §. 16 l. 2 l. 3 pr. D. de lib. agnosc. (25, 3) l. 63 D. de re judicata (42, 1) l. 1 §. 4 l. 3 §. 4 D. de lib. exhib. (43, 30)

79) §. 13 J. de action. (4, 6)

80) l. 42 D. de liberali causa (40, 12)

favore libertatis in ein Paar Fällen abgewichen wird [81]). Was die Befugniß betrifft, einem liberale judicium zu entsagen, so muß auch diese auf Seiten dessen, der einen Anderen in servitutem vindiciren könnte, favore libertatis unbedenklich angenommen werden, denn im Zweifel ist ja stets für die Freiheit zu entscheiden [82]), hingegen auf Seiten dessen, der ad libertatem zu proclamiren berechtigt wäre, muß freilich eine solche Renuntiation eben so unbedingt verworfen werden, sowol wegen des favor libertatis als auch wegen der ausdrücklichen Bestimmung des Römischen Rechts: „conventio privata, neque servum quemquam neque libertum alicujus facere potest“ [83]), ein Grundsatz, gegen den durch eine solche Entsagung factisch offenbar schnurgerade verstoßen würde. Dieselbe Unterscheidung ist aber in der That nur aus anderen Gründen hinsichtlich der Uebertragbarkeit des liberale judicium zu machen; die proclamatio ad libertatem kann ihrer Natur nach nicht an Andere veräussert werden, hingegen muß die vindicatio in servitutem, als die Befugniß ein Eigenthumsrecht geltend zu machen, ohne allen Zweifel wie jedes andere Privatklagrecht durch mandatum actionis an einen Dritten cedirt werden können.

3. Actio dotis oder rei uxoriae. Daß dieses Klagrecht ein publicum jus sey, ist schon im ersten

---

81) l. 9 §. 2 l. 30 l. 42 D. eod. l. 29 D. de exc. rei jud. (44, 2)

82) l. 20 l. 179 D. de R. J. (50, 17) l. 48 §. 1 D. de vulgar. et pupill. subst. (28, 6) l. 3 in fin. D. de his quae in test. delent. (28, 4) l. 24 D. de manumiss. (40, 1) l. 10 D. de man. test. (40, 4)

83) l. 37 D. de liberali causa (40. 12)

Buche zur Genüge erwiesen worden, daher ich mich hier dabei nicht weiter aufhalten will.

4. Actio de moribus. Auch davon ist schon oben ausführlich die Rede gewesen und gezeigt worden, daß dieses Klagrecht allerdings zu den öffentlichen Rechten gehöre. Dabei entsteht aber nun die Frage, ob denn auch hier wirklich res judicata jus inter omnes mache. Ausdrückliche Stellen giebt es darüber meines Wissens nicht, aber dies ist auch nicht zu verwundern, weil jene Frage praktisch gar nicht zur Sprache kommen konnte. Auf die Strafen der mores hatte durchaus nur der beleidigte Ehegatte Anspruch, nicht einmal sein Erbe [84]). Hatte daher ein Dritter deshalb Ansprüche erhoben, so konnte dies, mochte jener gesiegt oder verloren haben, als etwas Unbefugtes und Nichtiges, als eine lis de jure tertii natürlich dem wahren Berechtigten nicht präjudiciren. Wenn aber dieser letztere selber die actio de moribus angestellt hatte, dann mußte er zwar natürlicherweise unbedingt das erfolgte Urtheil als förmliches Recht für sich anerkennen; ob man nun aber auch sagte, das Urtheil bilde zugleich förmliches Recht für Alle, oder ob man dies nicht sagte, war ganz einerlei, da Andere ja doch keinen Anspruch auf die Strafen der mores hatten. Eben so verhielt es sich aber mit der actio dotis oder rei uxoriae. Dies Klagrecht stand bald der Frau, bald dem Vater allein, bald beiden nur gemeinschaftlich zu, niemals aber andern Personen; wenn also die actio dotis von den dazu befugten Individuen angestellt worden war, so genügte es, daß das Urtheil für die Partheien förmliches Recht mache, denn Dritte konnten ja gar nicht dabei interessirt seyn, ob man sagte, daß es

---

84) l. 15 §. 1 D. sol. matr. (24, 3)

für alle oder nur daß es für specielle Personen eine feststehende Norm bilde. Kam aber der Fall vor, daß ein Unbefugter klagte, dann konnte natürlich dies keine präjudicielle Wirkung auf die eigentlich Berechtigten äussern, denn der ganze Grundsatz: res judicata jus facit, kommt doch überhaupt nur bei rechtmäßig geführten Rechtsstreitigkeiten zur Anwendung, was wir auch so consequent befolgt finden, daß sogar wo Vater und Frau nur gemeinschaftlich klagen können, das von einem Theil einseitig ausgeübte Rückforderungsrecht den Mann oder seine Erben nicht befreit, und wenn gleich dem Theil dem schon restituirt worden ist, keine ferneren Ansprüche mehr zustehen, so hat dies doch seinen Grund nur darin, daß niemand nach Römischen Recht seine eigene Handlung anfechten darf, wenn sie nicht eine ganz absolute Nichtigkeit enthält, was in dem vorliegenden Fall aber natürlich nicht behauptet werden kann, da von der Handlung eines wenigstens Mitberechtigten die Rede ist [85]).

Schließlich verdient hier noch die Frage berührt zu werden, ob auch die Interdicte des Familienrechts, nämlich die Interdicta de uxore oder de liberis exhibendis item ducendis öffentliche Klagrechte sind. Ich glaube nun zwar allerdings, daß dies zu bejahen ist, allein hier sind unsere Quellen zu mangelhaft, als daß ich meine Meinung durch Belegstellen zu begründen im Stande wäre.

§. 38.

II. Privatklagrechte.

Unendlich zahlreicher als die öffentlichen Klagrechte sind die privatrechtlichen, aber die meisten derselben können

---

85) l. 22 §. 1 – 5 D. sol. matr. (24,3)

hier ganz mit Stillschweigen übergangen werden, weil es gar zu entschieden ist, zu welcher Klasse sie gehören. Letzteres gilt namentlich von der rei vindicatio der Publiciana actio, der hereditatis petitio, den Servituten-, Pfand- und Contractsklagen und einer Menge anderer, die jeder leicht selber zu bestimmen im Stande seyn wird. Nur in Beziehung auf ein Paar Klagrechte mögen einige Fingerzeige zur Verhütung von Mißverständnissen nicht überflüssig seyn, und daher hier eine kurze Erwähnung verdienen.

Bei der Bestimmung des Begriffs der obligatio ist oben davon ausgegangen worden, daß die auf eine poena privata gerichteten Klagrechte, die actiones poenales, welche nicht jedem ex populo sondern nur dem Verletzten zustehen, privatrechtlich sind, und daß eben dies ein Hauptgrund ihrer Herüberziehung ins Obligationenrecht ist. Beweise für die Richtigkeit dieses Satzes zu liefern, ist eigentlich kaum der Mühe werth, weil sie zu nahe liegen; denn wenn man auch nicht auf den Namen delicta privata und poenae privatae und auf die Einklagung der letzteren im Ordo judiciorum privatorum bauen will, weil wenigstens die letztere dieser Eigenschaften auch bei den Popularklagen vorkommt, so ist es doch gewiß, daß jene Klagrechte vererbt [86]) und veräußert [87]) werden kön-

---

86) §. 1 J. de perpet. et tempor. (4, 12) Es giebt zwar Ausnahmen, wo die Privatpoenalklagen nicht vererbt werden, l. 4 D. de calumniator. (3, 6) l. 23 l. 24 D. de in jus. voc. (2, 4) aber dergleichen kommen auch hinsichtlich der actiones rei persequendae causa comparatae vor l. 9 D. de religios. (11, 7) Uebrigens könnte man aus l. 26 D. de O. et A. (44, 7) l. 164 D. de R. J. (50, 17) schließen wollen, daß auch die Privatpoenal-

nen, und daß hier res judicata jus modo facit inter partes [88]). Bedenklicher wird aber gleich die Sache, wenn ich auch das, fast in allen Fällen wo früher nur eine poena privata gefordert werden konnte, später eingeführte Recht auf criminelle Bestrafung anzutragen [89]), für ein Privatklagrecht erkläre. Schon aber, daß die Römer hier dann wenigstens den Namen crimen privatum für delictum privatum substituiren [90]), ist ein sehr entscheidendes Moment für meine Ansicht. Noch entscheidender ist aber, daß jene Klagrechte vererbt werden; denn sie concurriren durchaus electiv mit den Privatpoenalklagrechten; es wird ohne Beschränkung für die Fälle, wo nach neuerem Recht auch criminelle Bestrafung gefordert werden kann, ausgesprochen, daß der dem die actio poenalis zustehe, auch die Befugniß habe, wenn er lieber

---

klagen nur lite contestata auf die Erben übergingen, allein hierbei ist nur zu beachten, daß es heißt „*omnes* poenales actiones lite contestata ad heredes transeunt" Unter den actiones poenales schlechtweg sind aber ausser den Privatpoenalklagen auch die actiones populares verstanden; wollten daher die Verfasser jener Stellen allgemein und ohne Unterscheidung reden, so konnten sie auch nicht mehr sagen als daß wenigstens lite contestata alle Poenalklagen auf die Erben transmittirt würden.

87) Siehe erstes Buch S. 75 Note 75.

88) Wenn z. B. durch ein furtum Mehrere verletzt worden sind, also Mehreren die actio furti zusteht, so schadet es dem einen nicht, daß der andere den Proceß gegen den Dieb verlohren hat.

89) §. 10 J. de injur. (4,4) l. ult. D. de furt. (47, 2) l. ult. D. de injur. (47, 10) S. oben Note 41.

90) l. 3 D. ad SCt. Turpill. (48, 16) l. 1 §. 3 D. de poenis (48, 19) S oben Note 68.

wolle, auf eine poena extraordinaria anzutragen [91]). Da nun aber die Privatpoenalklagrechte als obligationes ex delicto vererbt werden, so muß nothwendig auch das concurrirende Recht auf criminelle Bestrafung, auf den Erben übergehen, sonst wäre ja die elective Concurrenz nicht allgemein. Man könnte mir aber einwenden, daß doch vertragsmäßige Entsagung hinsichtlich der Privat-accusationen ausgeschlossen sey, nach dem Grundsatze: „de criminibus pacisci non licet" daher es mit der privatrechtlichen Natur dieser Accusationen sich wol nicht ganz nach meiner Meinung verhalten, und der Ausdruck crimen privatum vielleicht nur eine etwas unpassende Uebertragung von delictum privatum seyn möge. Allein hier weist uns Paulus auf den richtigen Weg durch Angabe des Grundes für jene Beschränkung der Verträge hin, indem er sagt: „de criminibus *propter infamiam* pacisci non licet" [92]). Pacisci de crimine heißt vorzugsweise, wenn sich ein zum Accusiren Berechtigter von dem, den er anklagen kounte und wollte, für einen Lohn zum Abstehen von der Anklage bewegen läßt [93]). Ein solcher Vertrag wird als Geständniß desjenigen angesehen, der sich so von der Anklage loskauft [94]), und wenn daher das Vergehen, dessen man ihn beschuldigt, ein delictum famosum ist, so wird er ungeachtet seines Vertrages infam [95]). Zu den delictis famosis gehören aber sämmt-

---

91) Siehe oben die Stellen in Note 42.

92) Consult. vet. ICti. IV.

93) l. 6 §. 3 D. de his qui. not. infam (3, 2)

94) l. 7 D. de praevaricat. (47, 15) l. 4 l. 29 D. de jure fisci. (49. 14) und die Stellen der folgenden Note.

95) l. 4 §. 5 l. 5 D. de his qui not. infam. (3.2) §. 2

liche crimina, nicht blos die crimina publica, sondern auch alle crimina privata, alle diejenigen Privat delicte des älteren Rechts, bei denen jetzt eine Criminal strafe gefordert werden kann [96]), und daher ist es sehr begreiflich, wenn die Römer alles Pacisciren über die crimina verboten haben, damit nicht die Ehre leichtsinnig gefährdet werde, indem sonst Mancher aus Furcht vor einer Anklage sich mit Verlust seiner Ehre loskaufen möchte, der, wenn es zum Prozeß gekommen, vielleicht gänzlich freigesprochen worden wäre. In Rücksicht der delicta publica hätte Paulus a. a. O. zwar auch noch einen anderen Grund für das pacisci non licet angeben können, nämlich die Unveräußerlichkeit der öffentlichen Klagrechte, allein als ein auf alle crimina anwendbarer Grund blieb ihm nur der propter infamiam übrig, und daher darf es uns eben nicht auffallen, wenn er der Kürze halber nur diesen, aber auch vollkommen hinreichenden Grund angegeben hat. Aus dieser Darstellung erhellt nun aber, daß wenn auch die Privataccusationen nicht aufgegeben werden dürfen,

---

J. de poen. tem. litig. (4, 16) l. 18. C. ex. quib. caus. infam. irrog. (2, 12)

96) l. 4 §. 5 l. 13 §. 8 D. de his qui not. infam. (3, 2) Gegen die l. 13 §. 8 cit. macht zwar l. 2 D. stellionatus (47, 20) einen Widerspruch, zu dessen Lösung schon allerlei Wege eingeschlagen worden sind, deren mir keiner zu genügen scheint, obgleich ich keine bessere vereinigende Erklärung weiß, die auch überhaupt wol unmöglich ist, weil der Widerspruch ganz contradiktorisch ist, allein ich glaube hier unbedenklich der l. 13 §. 8 cit. den Vorzug geben zu können, weil deren Inhalt, aus freilich hier nicht auszuführenden Gründen, mit der Entwikkelungsgeschichte des Römischen Criminalrechts am consequentesten zusammengehängt.

dies doch auf etwas ganz Anderem beruht, als die Unveräußerlichkeit der öffentlichen Klagrechte. Ueberdies ist ja aber bei den Privataccusationen nur das Aufgeben für einen Lohn wegen der darauf stehenden Infamie reprobirt, nicht aber der Erlaß umsonst, dieser zieht dem angeblichen Schuldigen keine Ehrlosigkeit zu [97], und da nun hier auch nicht die Unveräußerlichkeit der öffentlichen Rechte zur Anwendung kommt, so steht durchaus nichts im Wege, den Grundsatz, daß ein begangenes furtum, eine begangene Injuria u. s. w. verziehen nnd erlassen werden dürfe [98], auch von dem, nach neuerem Rechte aus diesen und ähnlichen Vergehen den Verletzten erwachsenen Anspruch auf criminelle Bestrafung zu verstehen.

Noch könnte die Frage aufgeworfen werden, ob denn auch in Rücksicht der Privataccusationen das Urtheil nur für die Partheien förmliches Recht bilde. Meiner Theorie zufolge muß ich dies bejahen, und richtig gefaßt läßt sich dies auch sehr gut vertheidigen. So viel ist freilich gewiß, daß wenn jemand wegen eines Verbrechens schon seine volle criminelle Bestrafung erlitten hat, er nicht noch zum zweiten Mal aus demselben Grunde gestraft werden könne [99]. Hat daher von mehreren Verletzten einer schon den Schuldigen accusirt und gesiegt, dann kann nicht ein anderer Mitverletzter von Neuem eine Criminalanklage erheben. Selbst wenn zuerst ein Unbefugter geklagt, und die Bestrafung erwirkt hätte, müßte unbedenklich jeder Andere ausgeschlossen seyn. Wenn aber in dem ersten Proceß der Beklagte freigesprochen worden ist, dann soll zwar auch

---

97) l. 6 §. 3 D. de his qui not. infam. (3, 2)

98) Siehe oben erstes Buch S. 75, Note 75.

99) l. 6 D. de sepulchro viol. (47, 12)

ein Anderer wegen eigener Verletzung Betheiligter nicht leichtsinnig zu einer neuen Anklage zugelassen werden, weil es sich hier um Ehre und Leben handelt, allein unbedingt ist er doch nicht ausgeschlossen, denn kann er durch triftige Gründe darthun, daß er nicht aus Nachläßigkeit zuerst zu klagen versäumt hat, so muß ihm noch immer eine neue accusatio bewilligt werden [100]).

Als sowol von den Privatpoenalklagen als von den Privataccusationen verschiedene, aber doch auch auf Bestrafung gerichtete, und nicht jedem ex populo zustehende Klagen oder Klagrechte, giebt man gewöhnlich die sogenannten actiones meram vindictam spirantes an, und es sollen deren vier im Römischen Rechte vorkommen, nämlich die actio sepulchri violati, die actio injuriarum, die Klage auf Rückgabe einer durch Undank verwirkten Schenkung, und endlich die dem Patron gegen seinen Freigelassenen, der ihn ohne obrigkeitliche Erlaubniß in jus vocirt hat, zustehende Klage auf eine Geldstrafe von 50 aurei. Den Namen dieser Klagen hat man von ein Paar, in Beziehung auf die actio sepulchri violati vorkommenden Aeusserungen Römischer Juristen, daß diese Klage nicht sowol rei persecutionem als vindictam oder ultionem continere [101]) entlehnt, und das Wesen derselben setzt man darin, daß sie an das Individuum geknüpft sind, und daher nicht auf die Erben übergehen, auch nicht wenn schon Lis contestirt worden ist. Dies Letztere ist nun allerdings wahr [102]) und es scheint daher, daß die sogenann-

---

100) l. 7 §. 2 D. de accusat. (48, 2) l, 4 §. 2 D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5)

101) l. 6 l. 10 D. de sepulchro viol. (47, 12) l. 20 §. 5 D. de adquir. vel omit. hered. (29,2).

102) Für die actio injuriarum beweisen dies l. 13 pr. l. 15 §. 14.

ten Actiones meram vindictam spirantes wol publici juris seyn möchten; dies wird sogar dadurch unterstützt, daß eins jener Klagrechte, nämlich die actio sepulchri violati wirklich zu den öffentlichen Klagrechten gehört, wie gleich gezeigt werden soll. Allein hier zeigt sich in der That wiederum, eben so wie oben in Beziehung auf obligationes und actiones, die Gefahr welche man läuft, etwas aus einem ganz falschen Gesichtspunkte aufzufassen, wenn man Generalbegriffe für Dinge bildet, welche die Römer durchaus nicht zusammengestellt haben. Das Römische Recht weiß durchaus nichts von actiones meram vindictam spirantes als einer besondern Art von Klagrechten; auch sind die Klagrechte, die man als unter jenem Begriff enthalten angiebt, von der aller heterogensten Natur. Zwar haben die actio sepulchri violati, die actio injuriarum nnd die Klage auf Rückgabe einer durch Undank verwirkten Schenkung die gemeinschaftliche Eigenthümlichkeit, daß die Strafe darin besteht, daß eine Entschädigung gegeben werden muß, wo eigentlich kein damnum, kein pecuniairer Schade an den Vermögensrechten durch die zu bestrafende Handlung zugefügt worden ist [103]),

---

D. de injur. (47,10) l. 1 §. 1 D. de privatis delictis (47,1) l. 32 D. ad leg. Facid. (35,3); für die Klage auf Rückgabe einer durch Undank verwirkten Schenkung l. 1 l. 7 l. 9 l. 10 C. de revoc. donat. (8,56) Nov. 22 c. 35; für die Klage des Patrons gegen seinen Freigelassenen der ihn ohne obrigkeitliche Erlaubniß in jus vocirt hat l. 23 l. 24 D. de in jus. voc. (2,4); für die actio sepulchri violati werden weiter unten die Beweise geliefert werden.

103) 1, Da an den rebus religiosis kein Eigenthum und überhaupt kein Vermögensrecht, sondern nur ein publicum jus, das jus sepulchri Statt findet, so kann

allein auf die Klage des Patrons gegen den Freigelassenen paßt dies nicht, denn deren Gegenstand ist eine eigentliche poena privata. Das Zusammentreffen dieser Klagen in Rücksicht der Unvererblichkeit ist auch durchaus zufällig, und beruht auf ganz verschiedenen Gründen, enthält also auch keine genügende Veranlassung, dieselben als innerlich verwandt zu betrachten. Am besten wird aber der gänzliche Mangel einer wahren inneren Verbindung zwischen jenen vier Klagrechten, aus einer näheren Beleuchtung der einzelnen derselben hervorgehen und die actio sepulchri violati macht hier am zweckmäßigsten zuerst den Gegenstand unserer Untersuchung aus.

Zuvörderst steht nun wenigstens in einer Beziehung die actio sepulchri violati entschieden als publici juris da; sie kann nämlich, wenn die eigentlich interessirten Personen nicht klagen wollen, von jedem ex populo auf eine Strafe von 200 aurei angestellt werden [104]), und in dieser Anwendung als actio popularis trägt sie natürlich alle Eigenschaften der Popularklagen an sich. Zunächst

---

auch die Verletzung derselben kein Vermögensschade seyn, aber doch kann die actio sepulchri violati auf eine Geldentschädigung gerichtet werden, und dies gilt als Strafe l. 3 pr. l. 9 l. 10 D. de sepulchro viol. (47, 12) 2, Auch die Injuria ist keine Vermögensverletzung, da sie die Staatsbürgerrechte der Person betrifft, doch hat die actio injuriarum eine Geldentschädigung zum Gegenstande, welche aber auch als Strafe gilt. 3, Der undankbare Donatar verletzt auch nicht unmittelbar durch seinen Undank den Schenker an seinem Vermögen, aber der Undank und die Schenkung zusammen werden als eine Verletzung betrachtet, wofür jene als eine strafende Entschädigung zurückgefordert werden kann.

104) l. 3 pr. §, 10 D. de sepulchro viol. (47, 10)

aber kann die actio sepulchri violati nur von gewissen, als verletzt geltenden Individuen angestellt werden [105]), allein auch dann gehört dies Klagrecht zu den öffentlichen Rechten, es ist nämlich ein Klagrecht des Familienrechts, welches nur den Gliedern der familia die in Rücksicht ihres jus sepulchri verletzt worden ist, zusteht, diesen aber auch allen, wenn gleich nur immer die patresfamilias wirklich Klage erheben können; von Uebergang auf die Erben kann demgemäß gar nicht die Rede seyn, dagegen gilt hier consequent der Grundsatz, daß res judicata jus facit inter omnes. Dies Alles wird durch folgende vier Stellen bewiesen:

1. (*Julianus*) „Sepulchri violati actio in primis „datur ei ad quem res pertinet. Quo cessante si „alius egerit, quamvis reipublicae causa abfuerit do„minus, non debebit ex integro adversus eum qui „litis aestimationem sustulerit, dari. Nec potest „videri deterior fieri conditio ejus qui Reipublicae „causa afuit cum haec actio non ad rem familiarem „ejusdem, sed magis ad ultionem pertineat“ [106]).

2. (*Papinianus*) „Quaesitum est, an ad heredem „necessarium, cum se bonis non immiscuisset, actio „sepulchri violati pertineret? Dixi, recte enim ea „actione experiri, quae in bonum et aequum con„cepta est. Nec tamen, si egerit, hereditarios cre-

---

105) Der Gegenstand der Klage ist zwar regelmäßig eine Geldentschädigung, das Interesse des Klägers l. 3 pr. §. 9 l. 9 l. 10 D. de sepulchro viol. (47, 12) ausnahmsweise aber doch auch criminelle Bestrafung l. 8 D. eod alsdann gehört die Klage zu den Accusationen des Familienrechts.

106) l. 6 D. de sepulchro viol. (47, 12)

„ditores timebit: *cum etsi per hereditatem obtigit haec „actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, „neque id capiatur, quod in rei persecutione, sed in „sola vindicta sit constitutum*“ [107]).

3. (*Ulpianus*) „Si sepulchri violati filius aget, „quamvis hereditarii: quia nihil ex bonis patris „capit, non videtur bonis immiscere: haec enim „actio poenam et vindictam (*potius*) quam rei per„secutionem continet“ [108]).

4. (*Ulpianus*) „Si ad plures jus sepulchri perti„neat, utrum omnibus damus actionem: an ei qui „occupavit? Labeo omnibus dandam dicit: recte, „quia in id quod uniuscujusque interest, agitur“ [109]).

Die drei ersten dieser Stellen scheinen mir ohne meine Theorie von den öffentlichen Rechten und von dem Verhältniß der Sui durchaus unerklärlich zu seyn; am Auffallendsten ist die Stelle von Papinian; was will und was kann nämlich dieser eigentlich wol mit der Bemerkung sagen, daß obgleich die actio sepulchri violati dem Suus durch die Erbschaft anfalle, so erwerbe derselbe hier doch nichts durch den Willen des Erblassers, weil — jene Klage nicht reipersecutorisch, sondern auf Rache, auf Bestrafung gerichtet sey? Wenn man die Stelle im Zusammenhange liest, so ist nach der bisherigen Ansicht von der Erbfolge gar kein Sinn in das ganze Raisonnement Papinians hineinzubringen, und daß doch an keine Corruption zu denken sey, geht aus der dritten Stelle hervor, wo Ulpian wesentlich nur dasselbe mit andern Worten ausspricht. Beide haben aber auch etwas sehr Richtiges gesagt, und ihre

---

107) l. 10 D. eod.
108) l. 20 §. 5 D. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2)
109) l. 3 §. 9 D. de sepulchro viol. (47, 12)

tiefere Kenntniß der alten Grundideen des Römischen Rechts hier an den Tag gelegt. Es verhält sich damit auf folgende Weise. So lange noch die Intestaterbfolge die Regel bildete, also vor den 12 Tafeln, trat beim Tode eines Familienhauptes der Unterschied zwischen den Privatrechten, den rebus familiaribus der Familie und den ihr als juristischer Person zustehenden öffentlichen Rechten, wohin eben das jus sepulchrorum gehörte, wesentlich nicht hervor, indem erstere so gut wie letztere ohne besondern Erwerb bei den Suis fortexistirten, und indem auch hinsichtlich der letzteren gewissermaßen ein Uebergang der Repräsentation Statt fand, da wenigstens die Klagen wegen Verletzung der, der Familie zustehenden Rechte, nur von dem Familienhaupte angestellt werden konnten, also von den untergeordneten Familiengliedern, den Suis erst nach dem Tode ihres paterfamilias. Man konnte also wenigstens in Rücksicht dieser Klagrechte, wenn auch nicht hinsichtlich der zu Grunde liegenden publica jura selber, nicht ganz unschicklich von einem Erbgange reden. Dieser Uebergang der Repräsentation in Ansehung jener Klagrechte auf die Sui blieb auch stets, und darauf deutet Papinian, wenn er sagt: „etsi per hereditatem obtigit haec actio“; darauf deutet aber auch Ulpian mit den Worten: „quamvis hereditarii.“ Seitdem indessen in den 12 Tafeln die allgemeine Testamentsfreiheit war eingeführt worden, unterschied sich jener Uebergang der öffentlichen Klagrechte sehr wesentlich von dem Uebergange der Privatrechte. Das Testiren betraf nur die letzteren, nicht auch die publica jura familiae; daher sahe man die Sache nun so an, als wenn auch die Intestaterben die Privatrechte nur ex beneficio et providentia des Erblassers bekämen, indem er ihnen dieselben nicht durch Testamente entzogen habe, eine Ansicht, die in Rücksicht

der öffentlichen Rechte nicht möglich war, weil hinsichtlich deren keine Entziehung durch Testament Statt fand; eben darum bezog sich aber auch das später eingeführte beneficium abstinendi der Sui nur auf die Privatrechte. Jetzt erhält jedes Wort Papinians eine feine Beziehung, jetzt erklärt sich was es heißen soll, daß obgleich der Suus die actio sepulchri violati durch eine Art Erbgang erhalte, so gehöre sie selber, oder das was man durch dieselbe erlange, doch nicht zu demjenigen, dessen Erwerb man dem Erblasser verdanke (quod ex defuncti capiatur voluntate), d. h. zu den Privatrechten, die bisher unter dem Erblasser gestanden und worüber dieser hätte testiren können. Wenn aber Papinian den Grund, weshalb der suus, ungeachtet er abstinirt hat, doch die actio sepulchri violati anstellen kann, nicht unmittelbar in ihrer Natur als publicum jus, als Familienrecht findet, sondern darin, daß sie ad ultionem auf Rache gerichtet ist, und wenn Ulpian ihm darin beipflichtet, auch Julian auf etwas Aehnliches hindeutet, so kommt hier in der That die bekannte Cautel zur Anwendung, daß man sich zwar wol auf die positiven Sätze, Schlüsse und Folgerungen der römischen Juristen, aber nicht auf ihre angegebenen rationes legis verlassen dürfe, weil sie darin nicht sehr sorgfältig waren, nach ihrem Grundsatze: (*Julianus*) „Non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.“ (*Neratius*) „Et ideo rationes „eorum quae constituuntur, inquiri non oportet: „alioquin multa ex his quae certa sunt, subverterentur“ [110]). Die angegebene ratio legis kann nicht richtig seyn, denn aus demselben Grunde müßte consequent Gleiches bei allen actionibus poenalibus Statt finden,

---

110) l. 20 l. 21 D. de legibus (1, 3)

denn auch von diesen kann man im eigentlichsten Verstande sagen, daß sie ad ultionem oder vindictam oder gar ad meram vindictam constitutae et spirantes sind; der wahre Grund liegt darin, daß die actio sepulchri violati ein öffentliches Klagrecht ist, und darauf weisen ja auch unsere Stellen selber hin, wenn die erste sagt, daß jene actio nicht zu den rebus familiaribus, und die zweite, daß dieselbe nicht zu dem gehöre quod defuncti capiatur voluntate.

Diese freilich mehr hingeworfenen als ausgeführten Bemerkungen werden wie mir scheint zur Herausfindung des meiner Meinung nach in den citirten Stellen liegenden Beweises genügen; einen vollständigen Commentar über diese Stelle zu liefern und meine Theorie hier gegen jede Mißdeutung und Verkennung unantastbar zu verclausuliren, gestattet doch eine, wenn auch nur einigermaßen gleichmäßige Behandlung meines ungeheuren Stofs auf keinen Fall. Wenden wir uns aber jetzt zur actio injuriarum, so stoßen wir hier auf eine ganz entgegengesetzte Natur, indem dieses Klagrecht ungezweifelt juris privati ist. Dies geht schon daraus hervor, daß die Römer es zu den obligationes ex delicto zählen; und wenn wir daher auch nicht wüßten, daß die actio injuriarum erlassen werden könne [111]), so dürften wir doch schon auf jenen Grund hin behaupten, daß es mit der Unvererblichkeit dieses Klagrechts irgend eine besondere Bewandniß haben müsse, welche dies aber sey, wage ich freilich nicht zu bestimmen; undenkbar wäre es übrigens gerade nicht, daß allerdings das jus publicum auch dabei im Hintergrunde mitgewirkt hätte; da nämlich die Injuria nur in Verletzung öffentlicher Rechte besteht, so

---

111) l. 11 §. 1 l. 17 §. 6 D. de injur. (47.,10)

wäre wol möglich, daß die Römer dadurch bestimmt worden wären auch nur dem, dessen publica jura verletzt worden sind, deshalb ein Klagrecht zu gestatten. Indessen muß man sich doch hüten, daß man auf der andern Seite nicht wieder zu weit geht, und auch darin eine Verbindung der actio injuriarum mit dem öffentlichen Recht sucht, daß sie auch von gewissen Verwandten des eigentlichen Verletzten angestellt werden kann. Dies läßt sich nämlich auf zwei Gründe zurückführen; denn wenn der paterfamilias des Injuriirten stets auch die actio injuriarum hat, so liegt der Grund theils eben darin, daß diese Klage juris privati ist, also der Grundsatz: filiusfamilias patri adquirit darauf Anwendung leidet, theils aber auch darin, weil die Verletzung seines filiusfamilis zugleich als eine ihm selber zugefügte Injuria betrachtet wird [112]), wenn aber auch gewisse andere Verwandten (worunter ich hier den Ehegatten mitbegreife) des Verletzten zur Klage zugelassen werden, so kommt dies nur daher, weil das Römische Recht dieselben, sey es nun wirklich der Natur der Sache nach, oder auch bloß der engen verwandtschaftlichen Verbindung wegen, als mit verletzt ansieht, und dies ist auch ausschließlich die Rücksicht, aus welcher dem Herrn die actio injuriarum wegen der seinem Sklaven zugefügten Injuriae gestattet wird [113]). Hier ist also durchgehends die utilitas singulorum der Grund der Einräumung des Klagrechts, und es hat also damit eine ganz andere Bewandniß, als wenn z. B. die accusatio adulterii zunächst nur von gewissen Verwandten ausgehen kann, oder wenn die actio sepulchri violati sämmtlichen Familiengliedern zusteht, mit der untergeordneten Be-

---

112) §. 2 J. de injur. (4, 4) Gajus III §. 221.

113) §. 3 J. eod. Gajus III §. 222.

schränkung, daß sie immer nur von den Häuptern angestellt werden kann. Wissen wir aber einmal, daß wenigstens eines der zu den sogenannten actiones meram vindictam spirantes gezählten Klagrechte privatrechtlich sey, so ist kein Grund vorhanden, die Klage auf Rückgabe einer verwirkten Schenkung ins öffentliche Recht zu setzen, da uns ausdrücklich gesagt wird, daß die Unvererblichkeit dieser Klage sich bloß auf die Annahme einer stillschweigenden Verzeihung des Undanks und Bestätigung der Schenkung von Seiten des Schenkers, wenn dieser ohne Revocation gestorben sey, gründe: „Neque enim fas est „ullo modo inquietari donationes quas is, qui donaverat, in diem vitae suae non retractavit“ [114]), ein Satz worin zugleich der besonders entscheidende Charakter der Privatrechte ausgesprochen ist, nämlich daß es hier dem Schenker frei steht, sein Recht zu erlassen. Noch weniger Schwierigkeit macht endlich die Klage des Patrons gegen seinen Libertus der ihn ohne obrigkeitliche Genehmigung in jus vocirt hat. Weshalb freilich diese Klage nicht auf die Erben übergehen soll, bin ich nicht im Stande anzugeben, allein dies ist wenigstens gewiß, daß wir den Grund dieser Unvererblichkeit nicht in einer Verwandschaft mit dem öffentlichen Recht suchen dürfen, denn die Klage ist eine reine Poenalklage, gerichtet auf eine poena privata von 50 aurei, und nur allenfalls, wenn der Freigelassene so viel nicht im Vormögen hat, auf eine geringe körperliche Züchtigung [115]), in welchem letzteren Fall aber doch die Klage höchstens als eine accusatio privata betrachtet werden kann.

---

114) l. 1 in fin. C. de revoc. don. (8, 56)

115) l. 12 l. 23 l. 24 l. 25 D. de in jus. voc. (2, 4)

Noch ist zum Schluß der Untersuchungen über die Natur der Klagrechte eine kleine Bedenklichkeit zu beseitigen, die sich in Beziehung auf meine Ansicht von den Wirkungen der res judicata darbietet. Es finden sich nämlich Stellen, worin gesagt ist, daß das Urtheil worin über die Gültigkeit einer Erbeinsetzung entschieden worden, auch für die davon abhängenden Legatare und Fideicommissare förmliches Recht bilde [116]); hier scheint also in einem entschieden privatrechtlichen Proceß res judicata nicht bloß inter partes pro veritate genommen zu werden. Da wir aber sonst im Erbrecht die Regel angewandt finden, daß res judicata nur inter partes jus facit [117]), so muß es mit jener verbindlichen Kraft des Urtheils für die Legatare und Fideicommissare irgend eine besondere Bewandniß haben, und diese liegt auch sehr nahe. Den Partheien werden sehr natürlich in Beziehung auf die Wirkungen eines Urtheils ihre Successoren gleichgesetzt, sowol die Universal- als die Singularsuccessoren [118]); nun können aber Legatare und Fideicommissare in der That mit Fug als Singularsuccessoren des oneriten Erben betrachtet werden, und daher ist nichts natürlicher, als daß auch sie das gegen den Erben gefällte Urtheil anerkennen müssen. Will man diese Erklärung nicht, dann kann ich mich wenigstens auf eine Controverse berufen, denn in l. 50. §. 1 D. de legatis I. (30) ist geradezu ausgesprochen, daß ein

---

116) l. 3 pr. D. de pignor. (20, 1) l. 63 D. de re judic. (42, 1)

117) l. 12 D. de jurejur. (12, 2) l. 17 pr. l. 19 l. 24 D. de inoff. test. (5, 2)

118) l. 6 §. 3 D. de re jud. (42, 1) l. 9 § ult. l. 11 §. 3 l. 21 §. ult. l. 28 D. de exc. rei jud. (44, 2) l. 3 §. 1 D. de pignor. (20, 1)

solches Urtheil nicht für die dem Erben über dessen Einsetzung entschieden worden, auferlegten Legate und Fideicommisse förmliches Recht bilde und ich habe also wenigstens eben so viel für als gegen mich; allein ich glaube dieser schlechten Erklärung gar nicht zu bedürfen, vielleicht möchte die letztere Stelle sich nur auf den Fall beziehen, wenn eigentlich bloß durch Schuld des Erben der Proceß verlohren gegangen ist.

Kap. 2.

Exceptionsrechte.

---

§. 39.

Unter einem Exceptionsrechte verstehe ich die, in Beziehung auf ein bestimmtes wirkliches oder angebliches Recht, Jemandem zustehende Befugniß, jenem Rechte nicht Folge zu leisten. Ob das Recht dem wir uns ein Exceptionsrecht gegenüber denken, wirklich existire oder ob es fälschlich behauptet werde, ist hier einerlei, denn auch im letzteren Fall kann wenigstens hypothetisch ein Exceptionsrecht bestehen, aber dies ist durchaus nothwendig, daß ein bestimmtes Recht als vorhanden gedacht werde, wenn überhaupt von einem Exceptionsrechte die Rede seyn soll. Daher ist z. B. das singuläre Recht der Weiber und Minderjährigen ex SCtis Vellejano et Macedoniano an sich noch so wenig ein Exceptionsrecht, als das Recht auf Treu und Glauben deshalb eins ist, weil daraus die exceptio doli und pacti hervorgehen kann, wenn man betrogen worden ist, oder ein pactum de non-petendo geschlossen hat; jene singulairen Rechte enthalten auch nur noch die rechtliche Mög-

lichkeit für die Entstehung gewisser Exceptionsrechte, allein zur wirklichen Entstehung gehören noch mehrere Bedingungen. Jedes Recht, also auch jedes Exceptionsrecht setzt nämlich gewisse factische Verhältnisse als Grund voraus, woran es durch das Recht im objectiven Sinne, als Folge geknüpft ist. Eine allgemeine factische Bedingung aller Exceptionsrechte ist nun ein Recht, dem dieselben gegenübertreten können; dies ist überall nothwendig und nur in den andern Bedingungen, in den andern ausserdem noch erforderlichen factischen Verhältnissen unterscheiden sich die Exceptionsrechte von einander. Ob aber diese letzteren Bedingungen der Art sind, daß sie schon nach generellen Rechtsgrundsätzen durch ihre Verbindung mit jener allgemeinen Bedingung ein Exceptionsrecht begründen [119], oder ob sie der Art sind, daß ihnen erst durch singulaire Bestimmungen dieser Erfolg hat beigelegt werden müssen [120], dies ist im Wesent-

---

119) Dies ist z. B. der Fall bei der exeptio pacti de non petendo, denn diese Einrede beruht nicht auf einer besondern Bestimmung, wodurch den Verträgen die Wirkung beiglegt wäre, Exceptionsrechte begründen zu können, sondern auf dem allgemeinen Grundsatz: pacta sunt servanda, oder wie man auch sagen kann, auf dem allgemeinen Recht auf Treu und Glauben.

120) Z. B. die bei der exeptio SCti. Vellejani und Macedoniani außer einer Forderung der die Einrede gegenübertritt, erforderlichen factischen Bedingungen sind ein Weib oder ein filiusfamilias als verpflichteter Theil und Entstehung der Verbindlichkeit aus einer Intercession oder einem Darlehn. Diese Umstände erzeugen aber natürlich nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Exceptionsrecht.

lichen ganz einerlei, immer ist doch erst ein Exceptionsrecht bei dem Zusammentreffen sämmtlicher erforderlichen factischen Verhältnisse vorhanden, und die Unterscheidung von exceptiones facti und juris ist durchaus ohne praktischen Einfluß, wie schon von Vielen gezeigt worden ist.

Diese Vorbemerkung war nöthig, weil ohne die schärfste Abgränzung der Exceptionsrechte, der Beweis für meine Ansicht über die eigentliche juristische Natur derselben nicht stringent geführt werden kann. Ich halte nun aber sämmtliche Exceptionsrechte für Privatrechte, mag auch das zu Grunde liegende Recht aus welchem sie hervorgegangen sind juris publici oder juris privati seyn. Meine Gründe sind 1, die Vererblichkeit der Exceptionsrechte. Nichts ist ja bekannter als die Eintheilung der Einreden in exceptiones in rem und in personam wovon jene auch dem Bürgen zustehen und auf die Erben und sonstigen Successoren übergehen, diese hingegen nicht [121]). Hier zeigt sich nun aber gleich wie wichtig es sey, den Begriff der Exceptionsrechte nicht weiter zu nehmen als er wirklich ist; denn nicht das singulaire Recht der Frauen und filiifamilias, um mich dieses besonders nahe liegenden Beispiels zu bedienen, sondern nur das einzelne daraus hervorgegangene, gegen einen bestimmten Anspruch gerichtete Exceptionsrecht geht auf die Erben über. So steht es aber in der That mit jeder vererblichen Einrede, und wenn z. B. in Hinsicht

---

121) l. 17 §. 3—5 l. 21 pr. §. 5 l. 25 §. 1 l. 33 D de pactis (2, 14) l. 7 pr. §. 1 D. de exeption. (44, 1) Eine auf Erben und andere Successoren übergehende Einrede ist z. B. die der Verjährung l. 14 l. 15 D. de diversis temporal. praescript. (44, 3)

der exceptio pacti in rem niemand die Frage aufwirft, ob auch das zu Grunde liegende Recht auf Treu und Glauben auf den Erben übergehe, so kommt dies nur daher, weil hier ein solcher Uebergang practisch ohne alle Bedeutung wäre, indem der Erbe dies Recht ohnehin hat, was bei den singulairen Rechten, aus welchen exceptiones entspringen können, nicht Statt findet; allein bei den letzteren ist doch das Verhältniß darum gerade eben so wie bei den allgemeinen Fundamentalrechten; nur das Produkt, nicht aber die Grundlage und Basis selber gelangt an den Erben. Jetzt ist es nun aber noch die Aufgabe, zu zeigen, daß bei den exceptiones in personam der Grund der Individualität ihres Subjects nicht im öffentlichen Rechte zu suchen sey; zu diesem Ende muß aber erst der zweite wesentliche Character der Privatrechte, die Veräusserlichkeit, auser Zweifel gesetzt werden; also 2. Die Exceptionsrechte sind veräusserlich. Was hier zunächst die Uebertragung auf Andere betrifft, so kann diese natürlich nur geschehen, so ferne das Rechtsverhältniß worauf sich eine Einrede bezieht, und zu dessen Schutz sie dient, übertragbar ist; ist aber dies der Fall, dann findet auch, wenn nicht etwa durch besondere Verabredungen die exceptio an die Person gebunden ist, gesezlich ganz allgemein Uebergang derselben Statt. Grade zu ist dieser Grundsatz zwar wohl nirgends ausgesprochen [122], allein wir finden ihn in mancherlei Fällen angewandt [123], auch ist wenigstens das Gegen-

---

122) Siehe jedoch l. 2 §. 2 D. de doli mali et met. exc. (44,4) l. 7 pr. D. de except (44,1)

123) Siehe z. B. l. 11 §. 3 D. de exc. rei. jud. (44,2)

theil nirgends in unsern Quellen als Regel aufgestellt. Noch bestimmter läßt sich aber die Befugniß einem Exceptionsrecht zu entsagen, nachweisen. Eine aus der Natur der Sache fließende Beschränkung dieser Befugniß, wie wir sie so eben hinsichtlich der Uebertragung kennen gelernt haben, kommt hier nicht ein Mal vor, sondern höchstens finden sich ein Paar positiv ausgenommene Fälle wo Entsagung unwirksam seyn soll, z. B. bei der Exceptio SCti Vellejani und in einem gewissen Sinne auch bei der exceptio SCti Macedoniani [124]), und daß auch dabei nicht sowohl im jus publicum als in Rücksichten auf den ganzen Zweck dieser Exceptionsrechte, die ratio legis zu suchen sey, geht einestheils daraus hervor, daß beide erwähnten Einreden doch unter gewissen Umständen aufgegeben werden können, anderntheils daraus daß man sich eines andern, unzweifelhaft auf einem öffentlichen Rechte beruhenden Exceptionsrechtes, nämlich der von Stand und Würde des Beklagten hergenommenen Einrede des incompetenten Gerichts, begeben darf [125]). Indessen will ich keineswegs in Abrede stellen, daß hinsichtlich der auf öffentlichen Rechten beruhenden Einreden Zweifel unter den Römischen Juristen in Rücksicht der Zulässigkeit der Entsagung Statt gefunden haben, wie uns Justinian selber zu berichten geruht [126]), und daraus läßt es sich wohl erklären, weshalb ein Ehemann nicht unbedingt der exceptio competentiae

---

124) Siehe erstes Buch S. 79 Note 117 u. 118.

125) l. 14 D. de jurisd. (2, 1) l. 1 de judiciis (5, 1) l. 13 §. 4 D. ad SCt. Trebell. (36, 1) l. 29 C. de pactis (2, 4)

126) l. 29 C. cit.

soll entsagen dürfen [127]); doch wäre es auch wol möglich daß dies auf die Zeit vor und während der Ehe zu beschränken ist, weil da eine solche Renuntiation nicht sowol ein einzelnes Exceptionsrecht, als ein Eherecht worauf eine Einrede gegründet werden kann, betrifft, daß hingegen nach aufgelöster Ehe, wo das beneficium competentiae bloß noch als Einrede existirt, die Römer selber ein pactum renuntiativum zugelassen haben würden, denn dafür spricht wenigstens die Analogie dessen, was bei der donatio inter virum et uxorem, den rebus amotis und den impensis in res dotales factis gilt [128]).

Steht nun aber ein Mal fest, daß alle Exceptionsrechte, abgesehen von einzelnen positiven Ausnahmen, aufgegeben werden können, auch dann wenn sie aus einem öffentlichen Rechte entsprungen sind, so folgt von selber, daß wir bei den exceptiones in personam den Grund ihrer Beschränkung auf eine bestimmtes Individuum nicht im jus publicum sondern in etwas Anderem zu suchen haben, und dies liegt nun auch sehr nahe Bei einigen dieser persönlichen Exceptionsrechte waltet derselbe Grund ob, als bei den privilegiis personae, nämlich daß sie der Absicht der Interessenten zufolge nur einer einzelnen Person zustehen sollen, so z. B bei einem pactum de non petendo in personam [129]); bei andern hingegen liegt die Ursache ihrer Unvererblichkeit darin, daß ein Theil der factischen Bedingungen

---

127) l. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3)

128) l. 20 pr. D. de pact. dotal. (23, 4) verglichen mit l. 5 D. eod.

129) l. 33 l. 25 §. 1 D. de pactis. (2, 14)

woran dieselben gesetzlich geknüpft sind, individuelle Verhältnisse einer Person sind, so daß diese Einreden der Natur der Sache nach bei denen wegfallen müssen, bei welchen jene bedingenden factischen Verhältnisse nicht Statt finden. Wenn daher z. B. den Beamten, eben wegen dieser Qualität, ein privilegirter Gerichtsstand ertheilt ist, so ist natürlich, daß der Erbe eines magistratus wenn er nicht selber wieder ein gleiches Amt bekleidet, nicht auch deshalb einem Gericht die Einrede der Incompetenz zu opponiren berechtigt sey, weil es sein Erblasser vermöge seiner Dignität zu thun befugt gewesen wäre, denn diese Einrede hängt ja nicht mit den vererbten Rechten und Rechtsverhältnissen sondern mit der Person zusammen; dies versteht sich eben so sehr von selber, als wenn ein Frauenzimmer welches einen Mann beerbt hat, darum doch nicht auf das Anspruch machen darf, was nur den Männern durch die Natur oder durch das positiven Recht eingeräumt ist. Persönliche Exceptionsrechte, deren Personalität noch auf einem dritten, von den beiden angegebenen verschiedenem Fundamente beruhte, giebt es aber nicht.

Noch bleibt mir übrig, hier einen Umstand zu berühren, welcher Bedenklichkeiten und Zweifel veranlassen könnte. In der Einleitung ist nämlich gesagt worden, daß die Rechte welche ihre Wurzel im jus publicum haben, öffentliche Rechte sind und doch sollen nun alle Exceptionsrechte privatrechtlich seyn, ohne Rücksicht auf die Natur der ihnen zu Grunde liegenden Rechte. Hier ist indessen die Auskunft sehr leicht; jene Regel gilt natürlich nur von den unmittelbar durch das jus publicum im objectiven Sinne beigelegten Rechten, nicht aber von denen, welche erst mittelbar in zweiter und dritter Instanz darauf zurückzuführen sind, denn sonst wären freilich alle

Rechte juris publici, indem sie alle am Ende ihr Fundament und ihre Garantie im Staatsvertrage haben. Allein so wenig das Eigenthum ein öffentliches Recht ist, weil es das jus commercii voraussetzt, also im zweiten Grade auf dem jus publicum beruht, so wenig ist die exceptio pacti ein öffentliches Recht, weil sie das Recht auf Treu und Glauben voraussetzt und eben so wenig endlich die exceptio SCti Vellejani und Macedoniani oder die Einrede eines priviligirten Gerichtsstandes, weil die subjectiv singulairen Rechte, worauf diese Exceptionen sich gründen, ihre unmittelbare Wurzel im jus publicum haben. Es lassen sich aber gar keine Exceptionsrechte denken, die nicht erst in zweiter Instanz aus dem publicum jus abgeleitet wären, weil alle immer ein anderes Recht voraussetzen, aus welchem sie erst bei dem Zusammentreffen der nöthigen factischen Bedingungen hervorgehen.

Kap. 3.

Von einigen untergeordneten processualischen Rechten.

---

§. 40.

Die letzte Klasse von Rechten, welche wir noch zum Beschluß zu beleuchten haben, nämmlich die untergeordneten processualischen Rechte der in einem Rechtsstreite als Partheien handelnden Personen, sind zu unwichtig, um eine ausführliche Erörterung zu verdienen, die sehr weitläuftig werden und doch von geringem Interesse seyn müßte; ein Paar Beispiele mögen daher genügen um die Richtigkeit der Stellung darzuthun, welche ich diesen Rechten in der Uebersicht der öffentlichen- und

der Privatrechte [130]), theils in der einen, theils in der andern dieser beiden Klassen gegeben habe. Bei weiten am zahlreichsten sind diejenigen der hierher gehörigen Rechte, welche privatrechlicher Natur sind, und ein vorzüglich auffallendes Beispiel gewährt uns das dominium litis, indem dies sowol vererbt [131]) als auf Andere übertragen [132]) und endlich auch wie jedes Mandat nicht bloß durch pactum displicentiae, sondern sogar durch einseitige Kündigung unter den nöthigen Bedingungen aufgehoben werden kann. Dagegen haben wir ein Beispiel eines hierher gehörigen publicum jus, an dem Rechte dessen der eine Accusatio erhoben hat, diese Anklage bis Ende durchzuführen, denn er darf dies weder auf Andere übertragen [133]) noch dasselbe aufgeben [134]) und eben so wenig geht es auf seinen Erben über [135])

---

130) Siehe oben die Einleitung §. 4 S. 20.

131) l. 1 C. Th. de cognitor. et procurator. (2, 12) Schon Theodos hat indessen die Vererbung des dominium litis abgeschafft l. 7 C. Th. eod. Was Justinians Meinung sey, ist zweifelhaft, denn er hat nur die erstere nicht die letztere der beiden citirten Stellen in seine Compilation aufgenommen, aber jene auf eine zweideutige Weise verstümmelt, den der Anfang der Stelle der nur vom Erben verstanden werden kann, ist unverändert gelassen, dagegen sind am Ende die Worte „et ad heredes suos inchoata transmittere“ weggelassen l. 23 C. de procurator. (1,13)

132) l. 23 l. 11 l. 8 C. de procurator. (2, 13)

133) l. 13 §. 1 D. publ. judic. (1, 1)

134) Nicht nur das transigere de criminibus ist verboten l. 18 C. de transact. (2, 4) sondern sogar das einseitige Abstehen von der Klage, das tergiversari, nur wenn man vom Regenten eine Abolitio accusationis erlangt hat, ist Zurücktritt gestattet, l. 1 §. 7 u. f. D. ad SCt. Turpillianum (48, 16)

Indem nun meine Theorie so vollständig als es mir möglich gewesen, durch alle Theile des Römischen Systems durchgeführt worden ist, so könnte ich hiermit eigentlich mein Buch schließen. Indessen glaube ich mit Nutzen noch einige Untersuchungen und Bemerkungen beifügen zu können, die theils zur festeren Begründung, theils zur genaueren Bestimmung meiner Ansicht dienen werden, und durch welche dieselbe überhaupt erst in ihr rechtes Licht treten wird. Es gibt nämlich noch manche sehr bedeutende sowohl innere als äussere Gründe für meine Theorie die sich erst jetzt vortragen lassen, mancher mögliche Einwand ist auch noch zu beseitigen und für Einiges ist auch noch der eigentliche Beweis, oder die bestimmtere Fassung des Begriffs nachzutragen, daher der Inhalt des folgenden Abschnitts keineswegs zu dem minder wichtigen Theil meiner Abhandlung gehört.

---

135) l. 3 §. 4 D. de accusat. (48, 2) l. 13 pr. D. de publ. jud. (48, 1) l. 10 pr. D. ad SCt. Turpill. (48, 16) l. 6 C. si reus vel accusator (9, 6)

Beschluß.

§. 41.

Werfen wir nun wieder einen Blick auf die Römische Eintheilung: jus pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones, dann fällt wol in die Augen, daß diese mit der Eintheilung in jus publicum, privatum et mixtum auf das innigste verwandt, wenn auch nicht gerade gleichbedeutend damit sey. Als Familien-Sachen- und Obligationenrecht läßt sich dieselbe nun und nimmer mehr darstellen, denn niemals ist es den Römern eingefallen sich diese drei Lehren als drei zusammen ein Ganzes für sich, einen Haupttheil des Systems bildende Unterabtheilungen zu denken, mag man nun diesen Haupttheil Privatrecht oder irgend etwas anders nennen wollen. Schon Theophilus widerlegt diese Ansicht wenn er sagt: „Circa tria igitur versatur (sc. jus), circa perso-„nas, circa res, circa actiones. *Et quidem circa „personas, cum dicimus: ille Senator vel Senatorius „est, aut plebejus sive privatus.* Circa res, cum „quaerimus, utrum ratum sit factum ab aliquo testa-„mentum, an irritum? Circa actiones, cum ambi-„gitur utrum illi competat actio, an non com-

petat? [1]). Die zur Erklärung des jus quod pertinet ad res und ad actiones von Theophilus gewählten Beispiele entscheiden zwar nichts, denn diese passen sowohl zur gewöhnlichen als auch zu meiner Erklärung dieser Begriffe, allein desto wichtiger ist sein erstes Beispiel, für das jus quod pertinet ad personas. Ob jemand Senator oder Privatmann sey, das ist allerdings Gegenstand des jus publicum, aber was hat das Familienrecht damit zu schaffen? Doch weiß ich noch einen Ausweg um diese Stelle dem Familienrechte zu retten; nach der Lex Julia et Papia Poppaea durften Senatoren und ihre Kinder keine Freigelassenen heirathen [2]) und an diesen in einer untergeordneten Beziehung im Eherecht in Betracht kommenden Einfluß des Unterschiedes von Senatoren und andern Personen, hat vielleicht Theophilus gedacht? Allein ich zweifle, daß mir jemand auf diesem Interpretationswege folgen werde, und will daher auch nur lieber gleich umkehren und unserem Antecessor zutrauen daß er an das gedacht habe was viel näher lag, an die Abstufung und Eintheilung der Stände und Klassen der Staatsbürger überhaupt. Fast noch sprechender für meine Ansicht ist es aber, wenn Theophilus a. a. O. fortfährt: „Atque primo loco de personis „disserere oportet, deinde de rebus et post illa „de actionibus. Convenit autem concinnitati ejus„modi ordo. Personis enim existentibus, inter „confessa est etiam res exoriri: Rebus autem exi„stentibus, et de actionibus necesse est quaerere. „Oportet igitur de Personis loqui. Frivola enim „et inutilis legum est cognitio, si personae a nobis

---

1) Paraphras l. 3 pr. („De jure personarum")

2) l. 44 D. de ritu nuptiar. (23, 2)

„ignorentur quarum gratia leges inventae sunt“ Ich will indessen hiermit gleich eine andere Stelle desselben Theophilus verbinden die sehr abweichend ist: „Postquam de rebus diximus, nunc ad obligationes „deveniamus. Sed possit aliquis hunc ordinem re„prehendere, ac dicere quod praeter promissa de „Obligationibus disseramus. Dictum est enim in „prima Institutione, ubi disserebamus circa quot „objecta Romanum jus versaretur, illud consistere „in his: in Personis, in Rebus, in Actionibus. Quum „ergo de Personis disseruerimus, atque item de „Rebus egerimus, consequenter etiam de Actionibus „dicere deberemus. Quomodo igitur relictis Actionibus, „ad Obligationes divertimus? Verum hic ordo extra „defensionem non est. Nam qui de Obligationibus „disserit, tacite et de Actionibus disserit, matres „enim Actionum sunt Obligationes„ [3]). Bei dieser Stelle ist unstreitig dem Herrn Professor Theophilus etwas Menschliches begegnet, was wol bisweilen den Docenten zu arriviren pflegt, wenn sie sich nicht gehörig zu ihrer Vorlesung vorbereitet haben, daß sie nämlich in der Uebereilung etwas ganz Verkehrtes und Unrichtiges sagen, wo sie selber eigentlich die Sache viel besser wissen; denn nachdem Theophilus zuerst ganz in Uebereinstimmung mit den Zeugnissen unserer andern Quellen, die hereditas, die obligationes und die jura in re als res incorporales aufgeführt [4]) und demgemäß auch das Erbrecht und die Lehre von den juribus in re bei den rebus abgehandelt hat [5]), so spricht er nun mit einem Male den von Obligatio-

---

3) Paraphras. III, 13 pr.

4) Paraphras. II, 2 §. 1 u. 2.

5) Paraphras. II, 3 – 5 und II, 10 – III, 9.

nen, als wenn sie eigentlich gar keinen Platz im Systeme hätten, sondern nur gleich einem partus suppositus im jus quod pertinet ad actiones mit eingeschwärzt werden könnten. Ueber dies ist schon oben gezeigt worden, daß zu Justinians Zeit die obligationes gar nicht mehr mit Fug vorzugsweise matres Actionum genannt werden konnten, es ist daher gewiß nicht ein willkührliches und unkritisches Noodts- und Nothverfahren zu nennen, wenn ich jener Stelle als einer solchen worin der Verfasser mit sich selber und mit allen andern Quellen in Widerspruch tritt, gänzlich alles Gewicht und alle Auctorität absspreche.

Kehren wir jetzt zu dem andern Bruchstück des Theophilus zurück, so scheint es mir eben keines sehr umständlichen Beweises zu bedürfen, das dieser Stelle im Wesentlichen ganz die Ideen zu Grunde liegen, auf welche ich das Römische System zurückführen zu können glaube; eine Uebereinstimmung die mir um so merkwürdiger ist, da ich meine Theorie schon vollständig bei mir ausgebildet hatte ehe ich noch auf diese Stelle aufmerksam geworden war. Um der Personen willen ist die ganze Staatsverbindung und überhaupt der ganze Rechtszustand vorhanden. Davon geht Theophilus aus, und daß dies die allgemeine Ansicht der Römer gewesen sey, beweist Hermogenian wenn er sagt: „*Cum igitur hominum causa omne jus constituum sit: primo de personarum statu*, et post de caeteris, ordinem Edicti perpetui sequuti, et his proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus“ [6].

Die Lehre von den Personen, ihre Abgränzung gegen die Sachen, ihre Constituirung als Subjecte von Rechts-

---

6) l. 2 D. de statu hominum (1, 5)

verhältnissen durch die Bestimmung ihrer Fundamentalrechte, und ihre Eintheilungen nebst Festsetzung der Bedingungen und der rechtlichen Bedeutung dieser Verschiedenheiten, mit andern Worten, das was die Römer das jus quot pertinet ad persdnas, das jus personarum, die Lehre vom status hominum nennen, und was in unseren neueren Lehrbüchern im allgemeinen Theil den Gegenstand des Abschnitts von den Personen ausmacht, dies bildet die Grundlage, das Gebälke uud Fachwerk des ganzen Rechtszustandes. Daran schließen sich die andern Theile des jus Publicum, die Lehre von der Verbindung der Personen im Ganzen oder vom Staate, und die Lehre von den kleineren Verbindungen im Staate, eigentlich nur als Folgesätze an, und darum ist es nur das jus quod pertinet ad personas, welches im ersten Buch des Gajus, der Institutionen und des Theophilus und bei Ulpian in den achtzehn ersten Titeln, aus dem gesammten öffentlichen Rechte herausgehoben wird, wobei nur noch beiläufig, nach der beliebten Manier der Römer „ut res patitur“ wie Hermogenian sagt, ein Paar andere im bürgerlichen Leben besonders wichtige Verhältnisse des publicum jus, namentlich Familienverhältnisse eingeschaltet und mit abgehandelt werden. Die Menschen bedürfen aber auch im Rechtszustande der Sachen als Mittel zu ihrer Subsistenz, und die Verbindung zu einem rechtlichen Zustande bringt es nun eben mit sich daß das rechtliche Verhältniß zu diesen Mittelu, kurz das Recht an Sachen festgesetzt und regulirt werde. Dabei haben die Römer aber nicht für gut gefunden Platonische Grundsätze zu befolgen, sondern sie ertheilen hier selbstständige, vom Staate unabhängige Privatrechte an den Sachen; die Lehre von den rebus ist daher wesentlich nichts als die Lehre von den Privatrechten, und wenn

also Theophilus sagt: „Personis existentibus inter confessa est, etiam res exoriri“ so läßt sich dies auch so ausdrücken, daß wenn wir erst Personen, oder Rechtssubjecte constituiren, wir auch nothwendig denselben Privatrechte einräumen müssen, denn von einem physischen Entstehen der Sachen kann die Bemerkung doch unmöglich verstanden werden. Das zunächst liegende, durch das Bedürfniß am unmittelbarsten sich aufdringende Privatrecht ist nun das Eigenthum, und deshalb wird dies auch vorzugsweise von den Römern unter der Lehre de rebus begriffen; allein in der bürgerlichen Gesellschaft bilden sich auch andere Rechte, welche man als bloße Mittel für die Rechtssubjecte betrachten kann und muß, jura in re Obligationes u. s. w, und nichts ist daher leichter erklärlich als wenn die Römer diese als res incorporales dem ursprünglichen Privatrechte, dem Eigenthum beigesellen. Wenn aber endlich Theophilus a. a. O. die Actiones als eine Folge der Res darstellt, so ist dies wieder eben so einseitig, als wenn er in der vorhin beleuchteten Stelle sie ausschließlich auf die Obligationes gründet, denn auch aus den öffentlichen Rechten entspringen ja Klagrechte und Klagen sehr verschiedener Art.

Noch ein triftiger Grund gegen die gewöhnliche Ansicht von Familien-Sachen- und Obligationenrecht welcher kurz berührt zu werden verdient, ist der, daß bei diesem System eine Menge Rechte bleiben, die gar an keinem schicklichen Platze unterzubringen sind. Dies gilt namentlich von den Besitz- und Klagrechten. Erstere muß zwar gewöhnlich der Alles verdauende allgemeine Theil in seinen weiten Magen aufnehmen, weil das factum possessionis nichts Juristisches, sondern ein factischer Zustand ist, allein aus demselben Grunde könnte ich auch ganz folgerecht so schließen: weil es ein factischer Zustand

ist daß ich lebe und ein Mensch bin, so gehören alle meine Rechte in den allgemeinen Theil. Noch schlimmer ist es aber, wenn die Interdicta und sogar die Popularklagen in das Obligationenrecht wandern müssen. Freilich ist vor nicht gar langer Zeit das ganze Römische Recht für nichts als ein Klagensystem erklärt worden, allein wenn man auch darin nicht einstimmen will, so frägt man doch billig, warum nicht eben so wol alle actiones in rem dem Obligationenrechte einverleibt werden, denn daß hier gewöhnlich die Verpflichtung mit dem Besitze aufhören kann, was noch dazu bei den causae status nicht ein Mal möglich ist, ist in der That eine viel geringere Abweichung von den wahren Obligationen als bei den Interdicten und Popularklagen Statt findet.

§. 42.

Im vorigen Paragraphen sind hauptsächlich nur Gründe gegen die herrschenden Begriffe vom Römischen Rechtssystem, vorgebracht worden, jetzt ist es aber an der Zeit eines Umstandes zu gedenken, durch dessen Erörterung meine Theorie, wie ich hoffe, ganz besonders an Festigkeit gewinnen soll, indem sich erst bei dieser Untersuchung Mehreres was bisher immer nur hat angedeutet werden können, vollständig entwickeln läßt. Nichts ist jedem Institutionisten geläufiger als die drei praecepta juris: „honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere“ 7), aber gewöhnlich läßt man dieselben immerhin praecepta seyn, und fängt weiter nichts mit ihnen an. Nur Ein Versuch jene Brocarden mit dem inneren System der Römer in Verbindung zu bringen, ist mir durch

---

7) §. 3 J. de justit. et jur. (1, 1) l. 10 §. 1 D. eod. (1, 1)

mündliche Mittheilung bekannt und als, meines Wissens, der erste Versuch dieser Art, hat er immer eine große Verdienstlichkeit; allein da er darauf hinausläuft, die drei praecepta juris für die Grundprincipien von Familien Sachen- und Obligationenrecht zu nehmen, diese Trichotomie aber im Römischen Recht nicht gegründet ist, so kann derselbe auch in seinen Resultaten nicht richtig seyn. Anders ist aber der Erfolg, wenn wir die praecepta juris als die Grundprincipien von jus publicum, jus privatum und jus quod pertinet ad actiones betrachten; alsdann gewähren uns dieselben die mannigfaltigsten und herrlichsten Aufschlüsse und haben auch nicht das Argument gegen sich welches schon gegen die gewöhnliche Deutung des Römischen Satzes: „jus pertinet vel ad personas vel ad res etc". gebraucht worden ist: nämlich daß gar kein Grund vorhanden ist, dabei bloß ans Privatrecht zu denken. Wohl lohnt es sich daher der Mühe diese Idee weiter zu verfolgen und die Data, welche unsere Quellen über diesen Gegenstand liefern, einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen. Dabei will ich nur noch die Bemerkung vorausschicken, daß so wie das jus publicum eigentlich der Stamm des Rechts ist, woran sich das Privat- und das Actionenrecht nur als zwei große Verzweigungen, als zwei Anhängsel anschließen, so auch das honeste vivere als die Hauptmaxime dasteht, worin genau genommen schon die andern beiden praecepta mit enthalten sind, die daher nur als besondere Anwendungen betrachtet werden müssen.

§. 43.

I Honeste vivere.

Die Idee des Staates ist nach Römischer Rechtsphilosophie, daß durch gemeinsame Kraft der verbundenen

Glieder auf Beförderung alles Vernünftigen, Rechten, Guten, Edlen und Schönen und auf Unterdrückung alles Bösen und Schlechten hingewirkt werde. Das eigentliche jus entsteht den Römern aber erst im Staate, denn auch ihr jus gentium ist ja nur ein Abstraktum von dem was in wirklichen Staaten als positive Norm anerkannt und constituirt ist. Es bleiben ihnen daher nur zwei unmittelbare Basen, worauf der ganze Rechtszustand gegründet werden kann und welche die Grundform der Staatsverbindung bestimmen, übrig, die Natura und das Honestum. Die Natura bezeichnet hier aber theils das nach physischen Gesetzen Nothwendige, theils das worauf Trieb, Instinkt und Bedürfniß die Menschen führt, denn nur dies ist gewöhnlich unter der naturalis ratio verstanden und höchstens wird auch das bisweilen hineingezogen, was sich aus einer natürlichen, verständigen, auf Zweck und Nützlichkeit sehenden Betrachtung der menschlichen Verhältnisse und aus einfachen logischen Schlüssen und Folgerungen ergiebt. Das Honestum dagegen ist das was die Menschen ihr sittlichästhetisches Gefühl und allenfalls auch ihre philosophirende Vernunft als Gut, Edel, und Schön lehrt. Dies sind die beiden Wurzeln, aus denen durch die vermittelnde Staatsverbindung, das Iustum et Legitimum emporsprießt; Daher wird uns das Honestum überall als die in allen Staatsverhältnissen zu beobachtende Richtschnur dargestellt, welches sogar noch die spätere Zeit hinsichtlich des Fiskus festgehalten hat, wenn es heißt; „*Honestatis* ratio non patitur fiscum retractare, quod semel vendidit“ [8]), und daher ist es die erste und höchste Anforderung des Staates an je-

---

8) l. 2 C. ne fisc. rem quam vend. evinc. (10, 1)

den, daß er um Staatsbürger zu seyn und als solcher überall das honestum et decorum beobachte, oder, was dasselbe sagen will, secundum bonos mores verfahre. Ich brauche mich dafür gar nicht ein Mal auf das Institut der Censur, und auf die herrliche, mit dem Leben besiegelte Aeusserung Papinians: „. . . quae „facta laedunt pietatem, existimationem, verecun„diam nostram, et, ut generaliter dixerim, *contra* „*bonos mores fiunt*: nec facere nos posse credendum „est“. 9), zu berufen, es giebt noch viel entschiednere Gründe.

I Das Honestum wird ausdrücklich in den manigfaltigsten Beziehungen den Staatsbürgern als Richtschnur und Norm ihrer Handlungen aufgestellt, und zwar nicht bloß als ein guter Rath, sondern es wird ihnen zur Rechtspflicht gemacht demselben zu folgen, versteht sich soweit es möglich ist, denn eine absolute Durchführung dieses Princips mußte freilich auch den Römern ausser dem Bereich menschlicher Kräfte erscheinen, und wohl mochte daher Paulus in den Stoßseufzer ausbrechen: „Non „omne quot licet, *honestum* est„ 10). Anwendungen jenes Grundsatzes sind aber folgende:

1, „Semper in conjunctionibus non solum quid „liceat considerandum est, sed et quid honestum „sit“ 11). Diese Regel wird in Beziehung auf die Ehe aufgestellt und ist im ganzen Eherecht von den vielfachsten und wichtigsten practischen Folgen; denn daher sind alle

---

9) l. 15 D. de condit. instit. (28, 7)

10) l. 144. pr. D. de R. J. (50, 17) Ein Beispiel enthält l 5 D. de donat. (39, 5)

11) l. 42 pr. D. de ritu nupt. (23, 2) l. 197 D. de R. J. (50, 17)

actiones famosae zwischen den Eheleuten ausgeschlossen [12]), daher hängt häufig das connubium zwischen zwei Personen von der honestas ab [13]) und daher entscheidet sogar die honestas, ob eine Verbindung als Ehe oder als Concubinat zu betrachten ist. [14])

2„ Non aliter autem mulier hospitem recipere „potest, quam si is sit, qui *honeste* cum ea quae „usum habet, habitaturus sit" [15]). Es bezieht sich diese Bestimmung auf ein Frauenzimmer welches die servitus usus oder habitationis hat.

3, „Nimium est licere tutori respectu existimati„onis pupilli erogare ex bonis ejus, quod ex suis *non* „*honestissime* fuisset erogaturus" [16]). Hier ist indessen das honestissimum wohl zu beachten, denn das bloße honestum berechtiget den Vormund noch nicht etwas vom Vermögen des Mündels wegzugeben [17])

4, „Non debent autem obtemperare litigatores, „si arbiter aliquid *non honestum* jusserit". [18])

5, Der Patron kann von seinem Freigelassenen durchaus nur solche operae fordern, welche honestae und nicht contra dignitatem liberti sind [19]).

6, Die durch das SCt. Silanianum dem Erben auferlegte Pflicht, wenn der Testator ermordet worden, das Testament nicht zu eröffnen, bevor die Untersuchung gegen

---

12) l. 2 D. de act. rer. amot. (25, 2)
13) l. 13 l. 44 D. de ritu nupt. (23, 2)
14) l. 24 D. eod.
15) l. 7 D. de usu et hab. (7, 8)
16) l. 12 §. 2 D. de admin. et peric. tut. (26, 7)
17) l. 12 §. 3 D. eod.
18) l. 21 §. 7 D. de recept. et arbitr. (4, 8)
19) l. 16 l. 26 pr. l. 38 D. de oper. liberti (38, 1)

die Sklaven vollendet ist, wird ausdrücklich darauf gegründet, daß die honestas vom Erben erfordere daß er für die Sühnung seines Erblassers Sorge trage: „(nam) „honestati heredis convenit, qualemcunque mortem „testatoris inultam non praetermittere“ [20])

7, „In cautione damni infecti *honestus* modus „servandus est, non immoderata cujusque luxuria „subsequenda“ [21]).

8, Aller öffentliche Staatsdienst muß umsonst geleistet werden, und höchstens ist es gestattet, ein Honoral dafür anzunehmen: „quaedam enim tametsi *honeste* accipiantur, *inhoneste* tamen petuntur“ [22]) und den Sachwaltern und Anwälden im Proceß war ja sogar das Annehmen von Belohnungen durch die Lex Cincia untersagt [23])

9, Rerum inhonestarum, nulla societas“ [44])

10, Der Unterschied ob eine causa honesta oder turpis zu Grunde liegt ist sehr häufig entscheidend über die Frage ob man ein Recht haben soll oder nicht. Dies finden wir z. B. in folgenden Fällen:

A. Nur wer ex causa honesta ein Interesse bei einem begangenem Diebstahl hat, kann die actio furti anstellen [25])

---

20) Paulus S. R. III, 5 §. 2.

21) l. 40 pr. D. de damno infecto (39, 2)

22) l. 1 §. 5 D. de extraord. cogn. (50, 13)

23) Tacit. Annal. XI. c. 5 u, XIII c. 42 Cicero ad Attic. I epist. ult.

24) l. 57 D. pro socio (17, 2)

25) l. 11 l. 76 §. 1 D. de furtis (47, 2)

B. Nur wer nicht selber in turpi causa ist, kann die condictio ob turpem causam erheben [26]).

C. Nur wenn ex honesta causa während der Ehe die dos vom Manne der Frau herausgegeben worden ist, wird derselbe durch diese Rückgabe von ferneren Ansprüchen befreit [27])

D. Nur die honesta causa absentiae, vorzüglich die Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, berechtigt den Abwesenden zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [28]).

II. Die Beobachtung des Honestum und überhaupt die Honestas einer Person, ist von dem bedeutendsten Einfluß auf die rechtliche Stellung der letzteren im Staate und auf die öffentlichen Rechte welche dieselbe hat und haben kann. Dies finden wir vorzüglich in folgenden Beziehungen

1, Ein Frauenzimmer gilt nur dann als materfamilias nach neuerem Sprachgebrauche, und hat die Rechte einer solchen, wenn sie honesta ist [29]), welches besonders von Einfluß auf ihr jus conubii ist, indem nur eine femina honesta mit einem Freigebohrnen, Ingenuus verheirathet sein kann [30])

2, Nur wer Honestate decorus ist, kann venia aetatis vom Regenten erlangen [31]).

---

26) l. 1 D. de cond. ob turp. caus. (12, 5)

27) l. 20 D. sol. matr. (24, 3)

28) Der ganze Pandektentitel: „ Ex quibus caus. majores in integum restit." (4, 6) enthält dafür Belege.

29) l. 46 §. 1 D. de V. S. (50, 16) l. 41 §. 1 D. de ritu nuptiar. (23, 2) l. 3 §. 6 D. de lib. exh. (43, 30)

30) l. 13 l. 24 l. 44 §. 6 u. 7 D. de ritu nupt. (23, 2) l. 1 pr. §. 1 u. 2 l. 3 pr. D. de concubinis (25, 7)

31) l. 2 C. de his qui ven. aet. (2, 45)

3, Nur der miles honeste missus hat die jura veteranorum [32]) und nur bei einem solchen bleibt das testamentum militare noch ein Jahr lang nach der Entlassung bestehen [33]).

4, Der tutor legitimus, der eine persona honesta ist, ist von Cautionsbestellung befreit [34]).

5, Die Honestas bestimmt die Glaubwürdigkeit des Zeugen; nur der vir honestus kann testis omni exceptione major seyn [35]).

6, Wenn Mehreren die actio injuriarum zusteht (wovon einer eine persona honesta, der andere eine persona turpis ist, dann darf nur jener zur Klage zugelassen werden [36]).

7, Die Honestiores werden, nach Römischen Recht fast durchgehens geringer gestraft als die humiliores [37]). Dabei entsteht nun aber die Frage, wer denn eigentlich unter den viris honestioribus zu verstehen sey? Es kommen nun allerdings einzelne Stellen vor, worin die honesti den egenis entgegengesetzt werden [38]), wodurch man ver-

---

32) l. 2 D. de veteranis (49, 18) l. 8 D. de excusat. tut. (27, 1.) l. 7. C. de fide instrum. (4, 21) Ammian. Marcel. XXX c. 7.

33) l. 26 pr. D. de test. mil. (29, 1)

34) l. 5 §. 1 D. de legit. tutor. (26, 4)

35) l. 3 l. 21 §. 3 D. de test. (22,5) l. 58 §. 2 D. de aedilit. edicto (21, 1) l. 1 §. 36 D. depositi (16. 3) l. 47 §. 4 D. de fideicomm. libert. (40, 5) Paulus IV, 6 §. 2.

36) l. 17 §. 13 D. de injur. (47, 10)

37) Paulus S. R. lib. V. tit. 19. §. 2, tit. 20 §. 6. tit. 21 §. 2, tit. 22 §. 2, tit. 23 §. 1, u. 13 tit. 25 §. 1 l. ult. D. de sepulchro. viol. (47, 12) l. 1 §. 3

leitet werden könnte, den Unterschied im Vermögen, in der Quantität der Privatrechte zu suchen, und dann verlöhre freilich die Bemerkung Ulpians: „in multorum ho„nestorum virorum praediis lupanaria exercentur“ 39) gar Vieles von ihrer Seltsamkeit; allein sehen wir nicht sowohl auf solche einzeln stehende Aeusserungen, als auf den im Ganzen zu Grunde liegenden Begriff, so finden wir doch, daß die Römer bei dem vir honestus eigentlich nicht daran gedacht haben, wie viele Pfund jemand schwer sey, oder wie viele Tausende er commandire. Das Honestum wird ja sogar oft als die Bezeichnung des Gegentheils von allem Eigennutze und allem Geldinteresse gebraucht 40), und demgemäß besteht auch das Wesen des vir honestus im Römischen Recht in etwas Edlerem und Reinerem als in Reichthum; es ist der durch Würde, Stand, Rang, Ansehen und öffentliche Achtung ausgezeichnete Mann. In diesem Sinn wird der vir honestior durch honestiore loco positus umschrieben 41) und den personis famosis et turpibus et vulgaribus et abjectis et vilibus entgegengesetzt 42) so wie auch den ple-

---

D. de abigeis (47,14) l. 1 §. 2 D. de effractor. (47, 18) l. 3 §. 5 D. ad leg. Cornel. de sicar (48, 8) l. 28 §. 2 l. 38 §. 3 D. de poenis (48, 19) §. 4. J. de publ. jud. (4, 18).

38) l. 52 §. 21 D. de furtis. (47, 2)

39) l. 27 §. 1 D. de hered. petit. (5, 3)

40) l. 3 pr. D. de donat. inter V. et U. (24, 1) l 40 pr. D. de damno infecto (39, 2)

41) l. 8 §. 23 D. de transact. (2, 15) l. 1 §. 3 D. de abigeis (47, 14) l. 3 §. 5 D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8)

42) l. 63 §t 10 D. ad SCt. Trebell. (36, 1) l. 5 D. de legit.

bejis, wobei noch als Beispiel eines vir honestus ein eques Romanus angeführt wird [43]). In diesem Sinn heißt es ferner, daß den Kindern und Freigelassenen ihre Eltern und Patrone stets als personae honestae gelten müssen [44]). So ist auch nur an ehrenwerthe und angesehene Leute zu denken, wenn Advocaten für gewisse Vergehen „ab *honestorum* coetu, judiciorum-„que conspectu" [45]) oder Ketzer „a coetibus *honestis* „et conventu publico [46]) ausgeschlossen werden, und eben so wenig ist ein Grund vorhanden, eine Hindeutung auf Reichthum darin zu finden, wenn gesagt wird: „Ho-„nestiores non solent pati, nomina sua instrumentis „inscribi" [47]) oder wenn Paulus unter einem Honestior einen Decurio versteht [48]). Daher ist nun auch nichts natürlicher als wenn Ulpian den Grundsatz, daß personae honestae gelinder zu strafen sind, auch so ausdrückt: die Strafe richte sich nach der dignitas hominis [49]).

9, Die personae viles und humiliores haben das Recht auf Integrität der Person in einem geringeren Grade

---

tutor. (26, 4) l. 17 §. 13 D. de injur. (47, 10) Man darf aber dabei doch nicht etwa denken, daß der vir honestus vielleicht den Gegensatz vom Infamen bilde, denn Infames und viles werden noch unterschieden in l. 12 D de decurion. (50, 2)

43) l. 1 §. 2 D. de effractor. (47, 18)

44) l. 9 D. de obs. parent. et patr. praest. (37, 15) l. 4 §. 1 u. 2 D. de in jus. voc. (2, 4)

45) l. 1 C. Th. de postulando (2, 10)

46) l. 54 C. Th. de haeret. (16, 5)

47) l. 5 §. 4 D. de auctor. tut. (26, 8)

48) Paulus S. R. V, 20 §. 2.

49) l. 6 §. 2 D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13)

als die personae honestae, sie dürfen z. B. vom Ehemann im Ehebruch ertappt, unbedingt getödtet werden, nach Bestimmung der Lex Iulia de Adulteriis [50]), denn früher fand in diesem Fall freilich unbeschränktes Tödtungsrecht gegen jeden Statt, was Justinian unter gewissen Bedingungen wieder eingeführt hat [51]).

Aus dem hier gelieferten Beitrage zur Bestimmung des Wesens und der juristischen Natur des Honestum im Römischen Recht, geht nun zunächst dies unbestreitbar hervor, daß beim Honestum durchaus keine ausschließliche Beziehung auf Familienrecht Statt finde, sondern daß es von dem bedeutendsten und entschiedensten Einfluß auf die ganze rechtliche Stellung der Personen, den status hominum, auf die davon abhängige Rechtsfähigkeit, das caput und überhaupt auf die Rechte der Staatsbürger sey.

Dadurch tritt nun erst die Römische Lehre von der dignitas, von der existimatio und von der consumtio und minutio famae in ihr rechtes Licht und durch diese wird wiederum rückwärts meine Theorie vom jus publicum und vom Verhältniß des honestum zu demselben bestätigt. Dies vollständig auszuführen, würde freilich hier zu weitläuftig seyn, indessen muß ich doch in einigen Hauptzügen andeuten, was ich einmal in einer eigenen Schrift umständlich zu erörtern gesonnen bin.

---

50) Paulus II, 26 §. 4 Collat. LL. M. et R. IV. §. 3 u. 12 l. 24 pr. D. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5) l. 1 §. 4 D. ad leg. Corn. de sicar. (48, 4) l. 4 C. ad. leg. Jul. de adult. (9, 9)

51) Nov. 117 c. 15.

Wenn der Staat als Grundbedingung für die Einräumung des Bürgerrechts und als höchste Aufforderung an den Staatsbürger, Beobachtung des Honestum aufstellt, dann ist nichts natürlicher als daß demjenigen Dignitas beigelegt wird, den der Staat als würdig, als dignus seiner Rechte theilhaftig zu seyn und dadurch mittelbar als persona honesta anerkennt *) Von den Privatrechten ist diese dignitas nicht abhängig, sondern nur von dem Haben der Fundamentalrechte der Staatsbürger, so wie die erhöhte, ausgezeichnete Dignitas [52]) von der Erhöhung der rechtlichen Stellung im Staate durch Ertheilung von Aemtern und Würden. Eine positive Achtung, die Existimatio im einfachen natürlichen Sinn kann nun freilich der Staat seinem Bürger noch nicht durch Beilegung der dignitas erzwingen, denn eine solche ist nur ein freies Produkt der Ueberzeugung; wohl aber kann der Staat ein negative Achtung, eine bürgerliche existimatio erzwingen, indem er die Rechte zu verletzen und zu kränken verbietet, welche er dem Staatsbürger ertheilt hat, welche durch die Staatsverbindung als das Wesen der Person ausmachend anerkannt sind, und dies thut das Römische Recht durch das allgemeine Verbot der Injuria, denn Injuria heißt jede dolose Verletzung der Fundamentalrechte des Staatsbürgers. So gefaßt ist nun nichts erklärlicher, als daß die consumtio existimationis schlechterdings nur durch eine capitis deminutio maxima, durch juristische Vernichtung der Persön-

---

*) Merkwürdig über die dignitas als die durch die bürgerliche Stellung der Person bedingte Würde sind l. 49 §. 4 D. de legat. III (32) l. 144 D. de V. S. (50, 16)

52) Tit. C. de dignitatibus (12, 1)

lichkeit geschehen kann [53]). Auf den ersten Blick scheint dies gar nicht nothwendig, sondern höchstens eine verständige Bestimmung zu seyn und mann könnte glauben, es sey bloß eingeführt weil ein absolut Ehrloser doch nicht füglich als freies Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft geduldet werden könne; allein es folgt in der That nach Römischen Begriffen eben so consequent als daß zwei Mal zwei vier macht. Ist nämlich die bürgerliche Existimatio, das Recht der Person auf Unterlassung der Injuriae nichts als der „dignitatis illaesae status“ [54]), die dignitas wiederum aber nur Folge des Besitzes der Fundamentalrechte des Staatsbürgers, so kann auch nothwendigerweise die bürgerliche Existimatio nicht ohne gänzliche Entziehung aller Rechte der Person vollständig verlohren gehen, indem nur durch letztere die Dignitas, die Grundbedingung der Existimatio gänzlich vernichtet wird. Daß dabei zugleich Verlust der Privatrechte erfolgt, wird ohne Zweifel niemand als einen Einwand gegen die hier entwickelten Sätze gebrauchen, denn dies ist ja nur Folge davon, daß man seine Rechtsfähigkeit eingebüßt hat; speciell ist die consumtio existimationis so wenig auf Entziehung der Privatrechte gerichtet [55]) als die existimatio überhaupt dergleichen Rechte voraussetzt.

---

53) l. 5 §. 3 D. de extraord. cognit. (50, 13)

54) l. 5 §. 1 D. eod.

55) Bei der deportatio, die auch wenigstens in der Regel eine consumtio existimationis enthält l. 5 §. 3. D de extraord. cogn. (50, 13) wird sogar das Haben von Privatrechten gestattet, soweit sie nicht das Römische jus commercii voraussetzen, sondern juris gentium sind l. 15 D. de interd. et rel. (48, 22)

Aus demselben Grunde, aus welchen die consumtio existimationis in der Entziehung sämmtlicher Fundamentalrechte der Staatsbürger besteht, bestehen auch alle minutiones existimationis ohne Ausnahme nur in Beschränkung und theilweisem Verlust eben dieser Rechte, wobei irgend ein Einfluß auf die Privatrechte gar nicht ein Mal vorkommt. Von der Relegatio wird dies ausdrücklich gesagt; diese beschränkt nur das allgemeine Staatsbürgerrecht auf Freiheit der Person und der Wahl des Aufenthalts, alle andere Rechte, publica und privata bleiben dabei bestehen, wenn nicht etwa Vermögungsconfiscation damit verbunden worden ist [56]), was aber Trajan eigentlich verboten hat [57]). Die specielle Ausschließung von Aemtern und Würden, die auch als minutio existimationis angegeben wird [58]), afficirt durchaus nur das jus honorum [59]), und die Turpitudo und levis nota ausser dem jus honorum, welches Constantin der Große den personis turpibus gänzlich entzogen hat [60]), nur noch das jus testamentifactionis, ebenfals nach Constantins Verordnung [61]), und das jus connubii, nach Bestimmung der Lex Iulia et Papia Poppaea [62]). Was die Infamia im juristischen Sinne betrifft so habe ich schon in meiner

---

56) Tit. D. de interd. et releg. (48, 22) besonders l. 4 u. l. 18

57) l. 1 D. eod.

58) l. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. (50, 13)

59) l. 7 §. 21 u. 22 l. 8 D. de interd. et rel. (48, 22)

60) l. 2 C. de dignitat. (12, 1)

61) l. 1 l. 3 C. Th. de innoff. test, (2, 19) l. 27 C. eod. (3, 28)

62) l. 44 D. de ritu nuptiar. (23, 2)

Doctordissertation [63]) zu zeigen gesucht, daß dieselbe nur die publica jura betroffen habe; allein da ich dabei von der irrigen Ansicht ausgegangen bin, daß das jus commercii, testamentifactionis, connubii, postulandi u. s. w. privatrechtlich sey, so habe ich mich damals beschränken müssen, die Infamia in ihren Hauptwirkungen auf das öffentliche Recht zu beziehen. Ist nun aber ein Mal ausgemacht, daß alle Staatsbürgerrechte sowohl die allgemeinen, als die singulairen publici juris sind, so fällt jene Beschränkung von selber als unnöthig hinweg, und ein guter Genius hat mich also bei meiner früheren Arbeit zu glülicheren Resultaten geleitet, als meine verfochtenen Gründe verdienten. Ich brauche es daher schon nicht mehr für eine Irregularität zu erklären, wenn der Infamis nicht soll postuliren, und daher auch keine accusationes und actiones populares erheben dürfen, wenn auch ihm durch Constantin und die Lex Papia Poppaea das jus conubii und testamentifactionis geschmälert worden ist [64]), wenn auch die Infamia die Freiheit der Person und der Wahl des Aufenthalts durch das Verbot mit dem Kaiser an einem Orte zu seyn vermindert [65]) und wenn endlich der Libertus *infamis* das jus trium liberorum, welches doch ein jus singulare ist, nicht gegen seinen Patron soll in Anwendung bringen dürfen [66]). Hinsichtlich der andern Wirkungen der Infamie liegt

---

63) Diss. *de Infamia* ex disciplina Romanorum Kil. 1819. 4.

64) Siehe die Stellen im Note 61 u. 62)

65) l. 2 §. 4 D. de his. qui not. infam. (3, 2) l. 19 D. de interdict. et rel. (48, 22) l. 3 C. de re militar. (12, 36)

66) l. 37 pr. D. de operis liberti (38, 1)

die ausschließliche Beziehung auf die Staatsbürgerrechte gar zu sehr zu Tage, und in Rücksicht derer verweise ich daher nur auf meine angeführte Schrift.

Noch ist die Nota Censoria zu erwähnen übrig, und an dieser zeigt sich ganz besonders die Richtigkeit der aufgestellten Grundsätze. Dieselbe kam wesentlich nur in vier verschiedenen Anwendungen vor, als Ausschliessung aus dem Senat, als Ausstossung aus dem Ritterstande, als Herabsetzung aus einer besseren Tribus in eine schlechtere, und endlich als Entziehung des jus suffragii et honorum, indem die Censoren jemanden in Caeritum tabulas eintrugen, und dadurch zum civis non optima lege, oder zum aerarius, wie man einen solchen hier nannte, machten. Daß nun alle diese vier Anwendungen der Censorischen Notation nur das staatsbürgerliche Verhältniß, die Stellung im Staate und die davon abhängenden Rechte, betrafen, bedarf keines Beweises, und dabei will ich mich daher nicht weiter aufhalten. Sehr auffallend ist aber, daß die Nota Censoria so wenig als irgend eine der andern minutiones existimationis den Patriciat afficirte, es ist dies in der That ein sehr sprechender Grund für die oben aufgestellte Vermuthung, daß der Patriciat nach Römischer Ansicht ein Privatrecht war, und als solches ausser dem Bereich der bloßen minutiones existimationis lag. Wichtiger aber als die Wirkungen der Nota Censoria, ist die Idee die mit dem ganzen Institut der Censur, wenn auch nicht gleich von Anfang an, doch bald von den Römern verknüpft wurde; diese war nämlich keine geringere, als in der Wirklichkeit praktisch zu realisiren, daß das Honestum im Rechtszustande regiere, und der Staat eine wahre Verbindung von viris honestis sey. Darin liegt ein besonders entscheidender Umstand über die römische Ansicht vom Honestum,

denn war die Censur das Organ des praeceptum juris: »Honeste vivere,« so bleibt natürlich gar keine Möglichkeit übrig, dieses vorzugsweise auf Familienrecht und Familienverhältnisse zu beziehen, indem wenn auch die Censoren sich allerdings um die häuslichen Verhältnisse der Bürger zu bekümmern hatten [67]), dies doch nur ein untergeordneter Zweig ihrer Amtsfunktionen war und seyn konnte.

Zur vollständigen Begründung meiner Theorie über das Honestum sind hier noch einige Bemerkungen über den Begriff der Injuria nöthig, indem das bisher Ausgeführte dadurch seine Bestätigung erhält. Mein College Walter hat in seiner schon angeführten gründlichen Abhandlung über Ehre und Injurien nach Römischem Recht auszuführen gesucht, daß der Begriff der Injuria wesentlich bloß negativ zu fassen sey, indem er jede nicht in ein besonders benanntes Crimen oder Delictum übergehende Verletzung bezeichne. Ich halte aber dies nur zur Hälfte für wahr. Die Injuria läuft ganz parallel auf der einen Seite mit der consumtio und minutio existimationis und auf der andern Seite mit dem crimen majestatis, und man könnte sie sehr passend nach Analogie des letzteren delictum dignitatis nennen; denn so wie das crimen majestatis nach dem Begriff den die Lex Julia

---

67) In der Tabula Heracleensis sectio XI. heißt es z. B. daß wer in einem Municipium oder einer Colonia das höchste Amt bekleidet, der soll wenn in Rom der Census gehalten wird, auch die Bürger seiner Stadt censiren, „eorumque nomina, praenomina, patres aut patronos, „tribus, cognomina, et quot annos quisque eorum habet, „et rationem pecuniae, ex formula census quae Romae „ab eo qui tum censum populi Romani acturus erit, „proposita erit, ab eis juratis accipito et rel“.

davon aufgestellt hat, dolose Verletzung der Existenz und der Fundamentalrechte des Staates ist, worauf die *majestas populi* beruht, so ist die Injuria nichts als die dolose Verletzung der Rechte der Person, auf denen die *dignitas* sich gründet [68]), und in deren Entziehung die *consumtio* und *minutio existimationis* besteht, d. h. der Fundamentalrechte des Staatsbürgers. Ich habe hier die Injuria eine dolose Verletzung genannt; Dolus ist aber durchaus erforderlich, denn weiter will ja das, nach Römischem Recht unerläßliche Requisit des animus injuriandi nichts sagen; das Eigenthümliche dabei ist nur, daß dieser Dolus auf Verletzung der bürgerlichen Existenz der Person, und nicht etwa wie beim Diebstahl bloß auf Gewinn gerichtet seyn muß, weshalb er eben durch einen besondern Namen bezeichnet wird [69]). Daß beim animus injuriandi nicht an bloße Absicht der Ehrenkränkung zu denken sey, hat schon Walter a. a. O. zur Genüge gezeigt; eben so wenig nimmt aber das Römische Recht eine culpose Injuria an; ex Lege Aquilia kann zwar geklagt werden, wenn eine Person physisch verletzt worden, also ein corpori damnum datum vorhanden ist [70]), aber von Injuria ist im Fall der Culpa niemals die Rede.

---

68) Ungewöhnlich eng nimmt unstreitig Ulpian den Begriff der dignitas in l. 1 §. 2 D. de injuriis (47, 10)

69) Bei der Rapina findet eigentlich eine Concurrenz von animus lucri faciendi und animus injuriandi Statt.

70) l. 7 l. 13 pr. l. 31 D. ad leg Aquil. (9, 2) l. 25 D. de injur. (47,10) Diese gewöhnlich wenig beachtete Ausdehnung der Lex Aquilia auf die körperlichen Verletzungen freier Menschen ist in der That die merkwürdigste unter den spätern Erweiterungen dieses Gesetzes.

Beleuchten wir jetzt den aufgestellten Begriff der Injuria seinem Inhalte nach etwas näher, so ist derselbe allerdings in so ferne negativ, daß er alle Verletzungen der Fundamentalrechte der Person umfaßt welche nicht in ein eigenes, besonders benanntes Verbrechen, parricidium, adulterium, stuprum, crimen vis u. s. w. übergehen, allein auf der andern Seite ist er doch wiederum in so ferne positiv, daß er sich nicht auf jede mögliche Rechtsverletzung bezieht, sondern, wie gesagt, nur auf Verletzung derjenigen Rechte, die zusammen die allgemeine bürgerliche Existenz der Person ausmachen. Der Beweis dieses Satzes ist freilich, da in dieser Beziehung so viel von Walter vorgearbeitet ist, nicht schwer, indessen muß ich doch hier noch eine Bemerkung zur genauern Fixirung meines eigentlichen Beweisthemas vorausschicken. Einige Fundamentalrechte der Personen sind nämlich der Art, daß gar keine besondere, nicht in ein anderes Verbrechen übergehende, auf Verletzung derselben gerichtete Handlung gedacht werden kann; hier ist es also nicht zu verwundern, wenn in Beziehung auf diese Rechte, von einer Injuria nirgends etwas vorkommt. Dies gilt namentlich vom jus commercii; bei diesem Recht ist offenbar keine andere Verletzung möglich, als wenn man der Person fälschlich ihren status bestreitet, also eine Calumnie begeht, oder wenn man sie betrügt, bestiehlt, beraubt, oder ihre Sachen beschädigt u. d. m., aber eine besondere Injuria kann hier nicht vorkommen. Eben dasselbe findet aber hinsichtlich des jus connubii, suffragii, postulandi und noch mehrerer anderer Fundamentalrechte Statt. Jedoch ist dabei auch wieder ein anderer Umstand nicht zu übersehen. Es können nämlich diese Rechte auch auf eine solche Weise verletzt werden, daß die Handlung, auch wenn sie nicht in der Absicht jene Rechte zu kränken geschehen wäre, dennoch als Injuria

behandelt werden müßte, weil ohnehin schon die Bedingungen einer solchen vollständig existiren. Dies kommt in zwei Fällen zur Anwendung.

1) Wenn eine Calumnie darin besteht, daß ich Jemanden fälschlich seinen status bestreite, dann kann er mich deshalb auch injuriarum belangen [71]). Gesetzt nun, mir wäre in concreto darum zu thun, daß jemand das jus connubii oder postulandi etc. nicht habe, weil mir etwa seine Concurrenz hinderlich ist, und ich movirte ihm deshalb arglistig eine quaestio status, so wäre es offenbar gleichgültig, welches specielle Fundamentalrecht ich eigentlich gerne dem Beklagten entziehen möchte, weil es genügt, daß ich überhaupt eine dolose, auf Verletzung der bürgerlichen Existenz der Person gerichtete Absicht habe.

2) Wer dolo malo Jemanden an der Ausübung rechtmäßiger Handlungen hindert, begeht eine Injuria [72]). Wenn nun z. B. Cajus den Sempronius in einer Volksversammlung zu erscheinen gewaltsam hindert, weil er das jus suffragii des letzteren kränken will, so ist in der That auch hier der höchst specielle dolus gänzlich irrelevant, indem schon die allgemeinere, darin liegende böse Absicht die rechtmäßige Freiheit der Person zu verletzen, den vollen Thatbestand der Injuria hervorbringt.

Beachten wir nur dieses gehörig, daß bei gewissen Fundamentalrechten der Staatsbürger keine Verletzung möglich

---

71) l. 12 D. de injur. (47, 10) l. 26 D. de liberali causa (40, 12).

72) l. 13 §. 7 D. de injurijs (47, 10)

ist, welche nicht entweder in ein anderes Verbrechen übergeht, oder auch abgesehen von jener ganz individuellen Richtung die Requisite der Injuria enthält, dann kann gewiß niemand einen Anstoß daran nehmen, daß nicht in Beziehung auf alle oben aufgestellten Fundamentalrechte, von Injuriis bei den Römern die Rede ist.

Wenden wir uns jetzt zu den verschiedenen Arten injuriöser Handlungen, oder wie man es auch ausdrücken kann, zu den verschiedenen Fundamentalrechten in Rücksicht deren es eigene, unter den Begriff der Injuriae fallende Verletzungen giebt, so finden wir folgende in unsern Quellen angegeben.

1) Dolose Verletzung des Rechts anf Integrität der Person und ihrer Kräfte, sowol der physischen als der geistigen, also wenn jemand dolo malo getödtet [73]) oder verwundet, gemißhandelt, überhaupt körperlich beschädigt [74]), oder endlich durch schädliche Mittel u. s. w. an seinen Gemüths- und Verstandeskräften [75]) verletzt worden ist.

2) Dolose Verletzung des Rechts auf Freiheit aller rechtmäßigen Handlungen [76]). Was die dolose Verletzung der Freiheit der Person überhaupt betrifft,

---

73) l. 7 §. 1 u. 2 l. 3 §. 4 D. de injuriis (47, 10)

74) l. 1 §. 2 l. 4 l. 5 pr. l. 7 §. 8 l. 8 l. 9 l. 15. §. 1 D. eod.

75) l. 15 pr. D. eod.

76) l. 25 D. de act. empt. vend. (19, 1) l. 13 §. 7 l. 24 D. eod. In der letzteren der beiden angeführten Stellen könnte man allenfalls eine Injuria wegen Verletzung des jus commercii finden.

so leidet es gewiß kein Bedenken, daß man auch deßhalb die actio injuriarum anstellen könne [77]), daß aber davon gar nicht die Rede ist, erklärt sich leicht daraus, weil sich die besondern Strafen der Lex Fabia de plagiariis und der Leges Juliae de vi auf diesen Fall beziehen; ein bloßer Versuch aber die Freiheit der Person zu beschränken, gehört schon als Gewaltthat zu den Injurien.

3) Dolose Verletzung des jus honorum [78]).

4) Dolose Verletzung des Rechts auf Unbeschränktheit der räumlichen Sphäre und der Luft in derselben, welche der Person zur Ausübung ihrer Rechte erforderlich ist. Aus diesem Grunde gilt nicht nur als Injuria, wenn z. B. Jemand ohne Recht in das Haus eines Andern eindringt [79]), sondern auch wenn man böslicher Weise etwas auf fremden Grund und Boden hinüberwirft oder hinüberschüttet, oder den fremden Luftraum durch gemachten Rauch verkümmert: „Si inferiorum dominus aedium „superioris vicini fumigandi causa fumum fa„ceret, aut si superior vicinus in inferiores „aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat „Labeo injuriarum agi posse, quod falsum „puto, si tamen injuriae faciendae causa im„mittitur [80]).

---

77) Nach dem Grundsatz der l. 7 §. 1 D. de injur. (47, 10) „Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt „judicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo„minus et privato agamus".

78) l. 13 §. 4 u. 5 D. eod.

79) l 5 pr. §. 1 – 5 l. 7 §. 5 l. 23 D. eod. §. 8 J. eod. (4, 4) l. 21 §. 7 D. de furtis. (47, 2)

80) l. 44 D. de injur. (47, 10)

5) Dolose Verletzung des Rechts auf Ehre, was ganz unbegreiflicherweise gegen die klarsten Zeugnisse der Quellen lange Zeit allein als Injuria betrachtet worden ist. Schon die Institutionen sagen ja [81]), was jetzt Gajus bestätigt [82]), daß die Ehrverletzungen nur auch mit zu den Injurien gehören, aber vorzüglich werden diese in körperliche Verletzung gesetzt. Die Ehrverletzungen sind es auch, welche Ulpian als injuriae ad dignitatem vel ad infamiam pertinentes den injuriis quae corpori inferuntur, entgegensetzt [83]), denn unter den Injuriis ad dignitatem vel infamiam pertinentibus versteht er die rein ideellen, uns nur in der Vorstellung verletzenden Injurien, wohin das Schimpfen, convitia, und überhaupt jedes mündlich oder schriftlich oder durch sonstige Zeichen ausgedrückte ehrenrührige Urtheil gehört [84]), ferner die dolose Behandlung Jemandes als einen verdächtigen und unzuverlässigen Menschen [85]) und endlich die bösliche Verläumdung, namentlich die durch einen eigentlichen libellus famosus, die aber auch nicht bloß als

---

81) §. 1 J. eod. (4, 4)

82) Gajus III §. 220

83) l. 1 §. 2 D. de injur. (47, 10)

84) l. 15 §. 2—23, 25, 27, 33, l. 19 D. eod. l. 5 C. eod. (9,35) Hierher gehört nach den angeführten Stellen auch der Fall den man heutzutage gewöhnlich unter dem Namen der Realinjurien zu verstehen pflegt, nämlich wenn eine körperliche Verletzung der Person nicht sowol physisch beschädigt denn nur als Zeichen des animus injuriandi dient.

85) Siehe z. B. l. 1 §. 8 D. de inspic. ventre (25, 4)

Verletzung der Ehre, sondern auch des Rechts auf Treu und Glauben zu betrachten ist [86]).

6) Dolose Verletzung des Rechts auf Integrität des nicht durch förmliches Urtheil für unrechtmäßig erklärten Besitzstandes, nur muß hier nicht bloßer animus lucri faciendi wie beim furtum und häufig auch bei der violenta und clandestina possessio der Fall ist, oder bloßer animus juris exercendi wie bei den unter das Decretum D. Marci sowol in seiner ursprünglichen Anwendung [87]) als auch in seiner späteren Ausdehnung [88]) ressortirenden Fällen vorhanden seyn, sondern ein eigentlicher animus injuriandi, die Absicht dadurch die Person zu kränken und zu verletzen [89]).

7) Dolose Verletzung des Rechts auf den Gebrauch aller zum Dienst der Staatsbürger bestimmten Anstalten, Einrichtungen u. s. w. [90]).

---

86) l. 5. §. 9—11 l. 6 l. 18 pr. D. de injur. (47, 10)

87) l. 13 pr. D. quod met. caus. (4, 2) l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7)

88) l. 7 l. 10 C. unde vi (8, 4)

89) l. 15 §. 1 l. 20 D. de injur. (47, 10) l. 53 D. de furtis (47, 2) Cicero pro Caecina c. 13 Gajus III §. 220 „Injuria autem committitur si quis bona alicujus sciens eum nihil sibi debere, proscripserit". In dem Fall dieser letzteren Stelle liegt zugleich eine ideelle Ehrverletzung, weil man jemand als einen verdächtigen und schlechten Schuldner, und eigentlich als einen Infamen behandelt, indem ein insolventer Debitor, wenigstens früher, infam ward: Cic. pro Quint c. 14—16.

90) l. 2 §. 9. D. ne quid. in loco publ. (43, 8)

8) Dolose Verletzung des Rechts auf Treu und Glauben, so ferne dabei nur der Dolus nicht sowol darauf gerichtet ist einen pecuniären Schaden zuzufügen, als die Person zu kränken [91]).

9) Dolose Bestreitung des status libertatis [92]) indem hier sämmtliche Fundamentalrechte der Person auf ein Mal verletzt werden. Gleiches muß aber unstreitig von der dolosen Bestreitung des status civitatis gelten, weil darin wenigstens eine Verletzung der dem civis eigenthümlichen Fundamenralrechte liegt, doch weiß ich keine ausdrückliche Stelle dafür anzuführen; allein Bestreitung des status familiae kann nie unter den Begriff der Injurie fallen, weil diese ohne allen Einfluß auf die eigentlichen Fundamentalrechte ist, auch kommt in unsern Quellen nichts von einer injuriarum actio in dieser Anwendung vor; es müßte denn diese quaestio status bloß gebraucht werden, um der Person eine Makel anzuhängen.

Dies sind alle von den Römern zu den Injurien gezählten Verletzungen welche ich durch eigene Nachforschungen und aus der Walterschen Abhandluug zusammenzubringen im Stande gewesen bin. Daß dabei nicht an bloße Ehrenkränkungen gedacht werden könne, erhellt zum wenigsten sattsam; aber auch sogar Ulpians aus dem Edikt entlehnte Zwei- oder Dreitheilung der Injurien nach ihrem Gegenstande [93]), erscheint nach der gegebenen Uebersicht als viel zu eng, und dies erhellt ja auch noch selbst daraus, daß sogar ex clausula generali die actio injuriarum an-

---

91) l. 1 §. 38 D. depositi (16, 3)

92) l. 11 §. 9 l. 12 l. 22 D. de injur. (47, 10) l. 26 D. de liberali causa (40. 12) l. 31 C. eod. (7, 16)

93) l. 1 §. 2 D. de injuriis (47, 10)

gestellt werden kann [94]), wenn man die specielle Beziehung nicht nachzuweisen vermag, in welcher der Injuriant die Person zu verletzen die Absicht gehabt hat; auf diesen Fall muß nämlich ohne Zweifel die clausula generalis bezogen werden, denn wo es möglich ist wenigstens, muß durchaus das Wesen der begangenen Injuria genau vom Kläger angegeben werden [95]), aber daß auch diese Beziehung jener allgemeinen actio injuriarum statthaft sey, scheint mir daraus hervorzugehen, daß ja auch ideelle Injurien möglich sind, die keine materielle Verletzung enthalten, indem es wesentlich nur auf den animus injuriandi, auf die affectio facientis die Person als solche zu verkümmern beim Begriff der Injuria ankommt [96]).

Giebt es nun aber keine andern als die vorhin angegebenen neun Fälle der Injuriae, so folgt auf der andern Seite von selber, daß es wiederum zu weit sey von einer Injuria in Anwendung auf Sachen- und Obligationenrecht zu reden, wie Walter durch die alte Privatrechtstheorie verführt gethan hat [97]). In allen dafür angegebenen Beispielen ist immer die Verletzung einer Sache

---

94) l. 15 §. 26 D. eod. „Hoc Edictum (sc. ne quid infamandi „causa fiat) supervacuum esse Labeo ait, quippe cum „*ex generali* (*clausula*) injuriarum agere possumus: sed videtur et ipsi Labeoni, et ita se habet, Praetorem eandem causam secutum, voluisse etiam specialiter de ea re loqui: ea enim quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur videntur quasi neglecta".

95) l. 7 pr. §. 2 D. eod. Collat. LL. M. et R. II §. 6.

96) l. 3 §. 1 u. 2 D. eod. l. 1 §. 8 D. de inspic. ventre (25, 4).

97) A. a. O. Heft 2 S. 258 u. f., besonders Note 38.

oder eines Obligationsverhältnisses nur das Mittel um seinen animus injuriandi auszulassen, und das pecuniaire dadurch zugefügte damnum tritt gänzlich in den Hintergrund, auch erhalten sämmtliche Belegstellen aus denen jene Beispiele geschöpft sind, nach meinem System einen einfacheren und bestimmteren Sinn, und sind daher auch schon sämmtlich oben benutzt worden. Ein nicht unwichtiger Grund gegen jene Meinung ist auch noch der, daß nur durch die ausschließliche Beziehung der actio injuriarum auf publica jura erklärlich wird, weshalb diese Klage, wie schon in anderer Verbindung angedeutet ist, Mehreres mit den öffentlichen Klagerechten gemein hat, nämlich daß sie nicht auf die Erben übergeht [98]), auch eigentlich erst wenn Lis contestirt ist als Obligation und Theil des Vermögens gilt: „Injuriarum actio in bonis „nostris non computatur, antequam litem contestemur“ [99]) Es möchte vielleicht darin auch der Schlüssel zu der Unvererblichkeit der actio de calumnia liegen indem sich auch diese auf die Verletzung eines publicum jus, nämlich des Rechts auf Treu und Glauben gründet. Noch ein anderer Umstand bei der actio injuriarum der wie ich glaube nur durch meine Theorie von den öffentlichen Rechten gelöst wird, ist der, daß ein Herr wegen Mißhandlung seines Sklaven Injuriarum zu klagen berechtigt ist, auch wenn der Thäter dabei gar keinen animus injuriandi gegen ihn, den Herrn gehabt hat, während wegen Mißhandlung und Verletzung von Thieren und andern Sachen nur ex lege Aquilia, also nur wenn dadurch wirklich ein pecuniaires damnum zu-

---

98) l. 13 pr. l. 15 §. 14 D. de injuriis (47. 10)

99) l. 28 l. 13 pr. D. eod.

gefügt worden ist, geklagt werden kann. Dies kann wol nur darin seinen Grund haben daß der Sklave nicht als bloßer Gegenstand des Eigensthums betrachtet wird, sondern als Mensch auch in potestate steht. Das Römische Recht behandelt nun bei der Verletzung eines Familiengliedes namentlich den paterfamilias als mitverletzt [100]) und daher wird dies auch auf die Verletzung der Sklaven angewandt, wenn gleich nicht in demselben Grade als bei den freien Personen, indem bei den Sklaven nur auf körperliche Mißhandlung, nicht auch auf ideelle Injurien gesehen wird [101]).

Wie weit schon die Untersuchungen über das Honestum ausgedehnt worden sind, so ist doch noch die Erörterung eines Punktes hier nicht zu vermeiden, der sich indessen ziemlich kurz und leicht abfertigen läßt. Wenn wir nämlich nun wissen, daß das Honestum das Grundprincip des jus publicum sey, so kann es uns schon nicht mehr befremden, wenn alles was gegen das jus publicum verstößt *contra* bonos mores, und dagegen was dem jus publicum gemäß ist, *secundum* bonos mores genannt wird. Ich will zwar keineswegs in Abrede stellen, das zuweilen bei den Römischen Juristen und überhaupt im Römischen Recht die mores in einer viel weitern Bedeutung gebraucht werden *), allein die Ausdrücke contra und secundum bonos mores haben in der That jene technische Bestimmung im juristischen Sprachgebrauche der Römer erhalten. Dies zeigen alle

---

100) Wahrer animus injuriandi gegen diese andern Personen ist dabei gar nicht erforderlich l. 1 §. 3, 5, 8, 9 D. eod.

101) §. 3 J. eod. (4, 4) l. 15 §. 34 u. 35 D. eod.

*) Siehe z. B. l. 8 D. de suspect. tut. (26, 10)

Anwendungen dieser Ausdrücke, die ich aufzutreiben im Stande gewesen bin, denn so heißt:

I. Die Injuria, von der wie ich glaube doch ziemlich bestimmt gezeigt worden ist, daß sie nur in der Verletzung unmittelbar durch die Staatsverfassung selber ertheilter Rechte bestehe, in sehr zahlreichen Stellen „Injuria *contra bonos mores*“ [102]), wogegen Handlungen welche keine Injuria enthalten, welche nach Grundsätzen des jus publicum rechtmäßig sind, secundum bonos mores genannt werden [103]).

II. Gewalt, Zwang, Betrug und dergleichen Handlungen mehr, zu deren Unterdrückung eben hauptsächlich die Staatsverbindung bestimmt ist, werden recht absichtlich als vis, metus, dolus etc. *contra bonos mores* bezeichnet [104]).

III. Alle Verträge contra bonos mores sind im Römischen Recht für ungültig erklärt [105]) und wenn wir

---

102) l. 15 §. 2, 5, 20, 28. 34, 38, D. de injur. (47, 10) l. 1 §. 1 D. de extraord. crim. (47, 11) Paulus V, 4 §. 13.

103) l. 33 D. de injuriis (47, 10) Siehe die Einleitung Note 23 S. 14.

104) l. 3 §. 1 D. quod met. causa (4, 2) „Sed vim acci„pimus atrocem *et eam quae adversus bonos mores fit „non eam quam Magistratus recte intulit*, scilicet jure „licito et jure honoris quem sustinet. l. 116 D. de R. J. (50, 17) pr „Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare, *contra bonos mores est*“. §. 1 „Non capitur qui jus publicum sequitur“.

105) Siehe die Stelle in Note 24 der Einleitung S. 15 und außerdem l. 5. D. de usuris (22, 1) und l. 5 C. de condict. ob turp. caus. (4, 7)

nun die Verträge durchgehen welche uns als contra bonos mores bezeichnet werden, so finden wir durchaus nur solche welche dem jus publicum widerstreiten, nämlich

1, Die Erbverträge [106]).

2, Die Dotalverträge welche den durchs jus publicum bestimmten ehelichen Rechten und Verhältnissen widerstreiten [107]).

3, Verträge wodurch die Heirathsfreiheit beschränkt wird [108]).

4, Verteäge welche Verbrechen bezwecken oder doch befördern [109]). Daß aber Verträge dieser Art nach Rö-

---

106) l. 52 §. 9 D. pro socio (17, 2) l. 29 §. ult. D. de donat. (39, 5) l. 61 D. de V. O. (45, 1) l. 30 C. de pactis (2, 3) l. 4 C. de inutil. stip. (8, 39)

107) l. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3) Eleganter quaerit Pomponius lib. XV ex Sabino, si paciscatur maritus: *Ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum*, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere: Quod quidem et mihi videtur verum: *namque contra bonos mores id pactum esse, melius est dicere*; quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet. l. 27 D. de pact. dotal. (23, 4) „Si liberis sublatis reversa post jurgium per dissimulationem mulier, veluti venali concordio: *Ne dotata sit* conveniat, conventio secundum ordinem rei gestae *moribus inprobanda est.*

108) l. 134 pr. D. de V. O. (45,1)

109) §. 7 J. de mandato (3,26) l. 1 §. 7 D. depositi (16,3) l. 5 C. de condict. ob turp. caus. (4, 7) Gajus der Westgothen II, 9 §. 18 und der vollständige Gajus III §. 157.

mischer Ansicht dem publicum jus entgegen sind, liegt schon an sich in der Natur der Sache und wird auch durch viele Stellen bewiesen [110]).

5, Ein Vertrag wodurch man einen Proceß an sich kauft [111]) weil es eine von den zum öffentlichen Recht gehöhrenden Bestimmungen des jus quod pertinet ad actiones ist, daß res ligitiosae nicht veräußert werden dürfen.

Ganz dem entsprechend finden wir nun auch den Ausdruck pacta *secundum* bonos mores nur auf solche Verträge angewandt, welche nach Grundsätzen des jus publicum rechtsbeständig sind [112]).

IV Auch auf testamentarische Bestimmungen und Bedingungen wird das contra bonos mores esse von den Römern angewandt, und vergleichen wir die dabei angegebenen Beispiele, so finden wir auch hier wieder, daß nur an Verstöße gegen das publicum jus gedacht sey:

1 „Conditiones quae contra bonos mores in„seruntur, remittendae sunt, veluti *si ab hostibus* „*patrem suum non redemerit, si parentibus suis pa*„*tronove alimenta non praestiterit*" [113])

2 „Si quis scripserit testamento fieri quod 1. „contra jus est, 2, *vel bonos mores*, non valet; „veluti si quis scripserit 1, contra legem aliquid, „vel contra edictum Praetoris, 2, *vel etiam turpe aliquid* [114]).

---

110) Man sehe z. B. l. 27 §. 4 D. de pactis (2, 14)

111) l. 15 C. de procurator (2, 13)

112) l. 121 §. 1 l. 134 pr. D. de V. O. (45, 1) In der letzteren Stelle wird dabei ausdrücklich das Honestum als Grund der ganzen Bestimmung hervorgehoben.

113) l. 9 D. de condit. instit. (28, 7)

114) l. 112 §. 3 D. de legat. I, (30)

Daß die pietas erga parentes und die Alimentationspflicht gegen Eltern und Patrone nicht etwas dem bloßen freien Willen Ueberlassenes, sondern auf den Grund des Honestum von den Römern in das publicum jus mit aufgenommen sind, bedarf hier unstreitig eben so wenig eines Beweises, [115]) als daß eine etwas Schändliches und Schimpfliches (Turpe) bezweckende Bestimmung zu dem gehört, was der ganzen Absicht der Staatsverbindung widerspricht, und daher darf man wol in den angegebenen Stellen den Commentar zu zwei andern, ohne erläuternde Beispiele redenden Fragmenten finden, von denen ich, da das eine schon oben in extenso aufgenommen worden ist [116]) nur noch das andere hersetzen will: (Papinianus) „Filius qui fuit in potestate, sub „*conditione* scriptus heres, *quam Senatus aut Princeps* „*improbant*, testamentum infirmet patris, ac si con„ditio non esset in ejus potestate: nam quae facta „laedunt pietatem, existimationem, verecundiam „nostram, et, ut generaliter dixerim, *contra bonos* „*mores* fiunt: nec facere nos posse credendum est“ [117]) Man könnte aber durch diese Stelle fast verleitet werden zu glauben, daß Papinian hier das contra bonos mores fit, auf das durch Senatusconsulta, und Constitutio-

115) Auf der pietas beruhte ja z. B. die juristische Pflicht die Eltern und Patrone nicht mit infamirenden Klagen zu belangen und nicht ohne obrigkeitliche Erlaubniß in jus zu vociren.

116) l. 14 D. de condit. instit. (28, 7) Siehe die Einleitung Note 24.

117) l. 15 D. eod. Die Bestimmung dieser Stelle gründet sich darauf daß der Erbeseinsetzung eines Suus bekanntlich nur Potestativbedingungen beigefügt werden dürfen.

nes Principum Verbotene beziehe; allein dieser Deutung widerspricht doch der constante Sprachgebrauch der Römer, die überall wo sie sich bestimmter ausdrücken, einen scharfen Gegensatz zwischen dem machen, was contra bonos mores ist, und dem was den Legibus, Edictis, Sctis und Constitutionibus Principum widerstreitet, auch will ja Papinian a. a. O. augenscheinlich hinterher umfassender bestimmen, was er zuerst nur in einer sehr beschränkten Beziehung angegeben hat. Aber dies geht allerdings aus jener Stelle hervor, daß auch Papinian bei den boni mores nur an etwas Juristisches gedacht habe.

Nehmen wir zu diesem Allen noch endlich, daß die Verletzungen des ehelichen Verhältnisses, auf welche sich die actio de moribus bezieht, den charakteristischen Namen der mores führen und daß darunter nicht generell alle unerlaubten Handlungen, sondern nur gewisse bestimmte, durch das Römische Matrimonialrecht, also durchs jus publicum ausdrücklich als Verletzungen der Ehe bezeichnete Vergehen, namentlich Ehebruch und Trunkenheit verstanden sind [118]), so darf ich wol schon meine Verbindung der mores mit dem öffentlichen Rechte als hinlänglich gerechtfertigt ansehen, und damit sey denn zugleich die so weit ausgesponnene Untersuchung über das Honeste vivere beschlossen, wobei ich nur noch auf die nicht unwichtige Definition Ciceros von der Dignitas, die ziemlich deutlich auf das jus honorum und das Recht auf Ehre hinweist, aufmersam machen will; er nennt sie nämlich „alicujus „honesta et cultu et honore et verecundia digna auc„toritas“ [119]).

---

118) In l. 2 C. Th. de repud. (3, 16) werden sehr bestimmt die mores von andern criminibus unterschieden.

119) Cic. de Invent. II c. 55.

§. 38.

II. Suum cuique tribuere.

Der Grund, weshalb ich mich hier früher zu dem dritten praeſeptum juris wende als zu dem zweiten, liegt darin, daß der Beweis für die Beziehung des letzteren wegen der Allgemeinheit des Ausdrucks Laedere eigentlich nicht poſitiv geführt werden kann, ſondern nur negativ dadurch, daß der Platz für die beiden anderen nachgewieſen und dadurch eine mögliche Stelle für jenes ermittelt wird. In Rückſicht des suum cuique tribuere iſt es nun auffallend, daß der Begrif der Gerechtigkeit beſtändig auf eine offenbar genau damit verwandte Weiſe angegeben wird:

1) „(Ulpianus) *Justitia* est constans etp erpetua „voluntas *jus suum cuique tribuendi*“ [120])

2) (Tryphoninus) ... „et probo hanc esse *justitiam*, „*quae suum cuique ita tribuit*, ut non distrahatur „ab ullius personae justiore repetitione“ [121]).

3) (Justinianus) „Unam quidem esse omnium per„fectissimam virtutem arbitrandum est homini„bus, *quae jura omnibus distribuit*, „haec est ex„causa cognominata *justitia*“ [122]).

4) (Cicero) „Sed omne, quod est honestum, id „quatuor partium oritur ex aliqua. Aut enim „in perspiciencia veri solertiaque versatur; „*in hominum societate tuenda, tribuendoque suum* „*cuique, et rerum contractarum fide;* aut in

---

120) l. 10 pr. D. de just. et jur. (1, 1) pr. J. eod.

121) l. 31 §. 1 D. depositi. (16, 3)

122) Nov. 69 prooem.

„animi excelsi et invicti magnitudine ac ro-
„bore; aut in omnium quae fiunt quaeque
„dicuntur, ordine et modo; in quo inest mo-
„destia et temperantia.“ [123])

5) (Cicero) „*Justitia* est habitus animi, com-
„muni utilitate conservata, *suam cuique tribuens*
„*dignitatem*“. [124])

6) (Auctor ad Herennium) „*Justitia* est aequitas
„*jus unicuique tribuens*, pro dignitate cu-
„jusque.“ [125])

7) Cicero de Finib. bon. et mal. V c. 23. [126])

In allen diesen Stellen, etwa mit Ausnahme der vierten, wird nun allerdings der animus suum cuique tribuendi auf die innere Gerechtigkeit bezogen, auf den durch sittliche Gründe bestimmten Willen, Jedem widerfahren zu lassen was ihm nach Recht und Verdienst gebührt; allein in diesem Sinn kann das praeceptum juris: suum cuique tribuere unmöglich verstanden werden, den hieße dies weiter nichts als: sey gerecht, so käme die allervollkommenste Tautologie heraus; das neminem laedere ist nämlich doch auch ein Ausfluß der Gerechtigkeit, und daher würde auch dies wesentlich nichts Anderes bedeuten als: sey gerecht. Wir müssen daher wol dem Suum cuique tribuere als praeceptum juris eine beschränktere Beziehung anweisen, und hier liegt keine näher denn die,

---

123) Cic. de Offic. I c 5. Daß Cicero hier auch wirklich die Gerechtigkeit meine zeigt seine ganze folgende Ausführung.

124) Cic. de Invent. II c. 54.

125) Auct. ad Herenn. III c. 4.

126) Die Stelle ist schon in der Einleitung Note 45 in extenso aufgenommen worden.

das Grundprincip des jus quod pertinet ad actiones darin zu finden. Letzteres hat ja so recht eigentlich den Zweck das Suum cuique praktisch zu realisiren, indem hier in civiler Hinsicht Jedem zu dem Seinigen verholfen, und in criminneller Hinsicht Jedem, sowol im buchstäblichen als technischen Sinn pro dignitate sua seine Strafe zugetheilt werden soll. Hier ist das wahre Feld der Justitia und der Justitiae sacerdotes und man kann daher das Suum cuique tribuere einestheils als Anmahnung an den Staatsbürger betrachten, nicht erst gezwungen einem Jeden sein Recht widerfahren zu lassen, anderntheils aber auch als Grundmaxime für den Richter nach Recht und Verdienst zu entscheiden, zu richten und zu strafen, und wenn es gleich an bestimmten äusseren Datis zur Feststellung dieser Erklärung mangelt, so kann man doch in der ersten angegebenen Stelle von Cicero und in den bedeutungsvollen Worten Justinians womit er seine neunundsechzigste Novelle über die Competenz der Gerichte eröffnet, einige nicht verwerfliche Momente dafür finden, daß wirklich den Römern eine ähnliche Ansicht vorgeschwebt habe.

§. 45.

III. Neminem laedere.

Brissonius [127]) stellt den Grundsatz auf, daß das Verbum Laedere sich in seiner eigentlichen Bedeutung auf körperliche Verwundung beziehe, uneigentlich auch auf Verletzung und Schäden anderer Art, und ganz bildlich und metaphorisch auf Kränkungen der Ehre. Ob diese Sprachbemerkung ganz richtig sey, dar-

---

127) De Verbor, quae ad jus pertinent, signif.; sub voce „Laedere".

über wage ich nicht zu entscheiden, aber das weiß ich, und jeder der einigermaßen mit der Sprache unserer Quellen vertraut ist, wird es mir gewiß bestätigen, daß nichts gewöhnlicher bei den Römischen Juristen sey, als Verletzungen des Vermögens, aber nicht bloß der Sachen, sondern überhaupt der Privatrechte, durch die Ausdrücke Laedere und Laesio zu bezeichnen, ja Brissonius selber hat sogar sub voce „Laesio" nur Stellen die von Vermögensverletzungen reden. Verbinden wir nun damit, daß die Beziehung des Honeste vivere so gut als gewiß, und die des Suum cuique tribuere wenigstens höchst wahrscheinlich ist; dann hat es dünkt mir nicht ganz unscheinbare Gründe für sich, daß das Neminem laedere das Grundprincip des Privatrechts sey, auch bietet es sich in der That ziemlich von selber dar, die drei praecepta juris folgendermaßen zu umschreiben: führe Dich honnet und ordentlich auf, wenn Du bei uns seyn und Theil an unserer Gemeinschaft haben willst; laß Jedem die durch unsere Verbindung garantirte privatrechtliche Sphäre ungekränkt und ungeschmälert; und endlich, laß Jedem sein Recht widerfahren, und thue was man von Dir zu verlangen befugt ist, sonst soll Dich —!!! Auf jeden Fall ist diese Deutung gewiß einfacher und natürlicher als wenn man das Neminem laedere und Suum cuique tribuere auf die sogenannte Justitia commutativa und distributiva bezieht.

§. 46.

Wozu nun aber diese ganze Combinirung der drei praecepta juris mit dem Römischen System? Wenn es auch gewiß ist, daß die Römer das Honestum als die höhere, und die Natura [128]) als die niedere Basis des

128) Ich erlaube mir hier noch ein Paar merkwürdige Stellen

ganzen Rechtszustandes betrachtet haben, was wird dadurch gewonnen daß wir den Sinn einiger Sprüchelchen ausfindig machen, die höchstens die Motto's der drei Theile des Rechts genannt zu werden verdienen? Diese Fragen dringen sich hier sehr natürlich auf, ich glaube dieselben aber auch genügend beantworten zu können.

Die Eintheilung jus pertinet vel ad personas vel ad res vel ad actiones finden wir ausdrücklich nur bei Gajus [129]) und in den Institutionen aufgestellt, man könnte sie also wol für eine Erfindung des ersteren halten. Freilich ist nun wol schon aus der ganzen bisherigen Untersuchung hinlänglich hervorgegangen, daß dieselbe tiefer im Römischen Recht gegründet sey, allein da ich mit allgemein herrschenden Ansichten zu kämpfen habe, so darf ich auch keinen, wenn noch so entfernten Grund für die Richtigkeit meiner Theorie verschmähen, und ein nicht unwichtiges Argument liefern mir nun in dieser Beziehung die drei praecepta juris. Stehen nämlich diese mit jener Eintheilung in Verbindung, dann sind wir wenigstens zu der Vermuthung berechtigt, daß auch Ulpian von dem dreitheiligen System ausgegangen sey, indem die praecepta juris nicht bloß in den Institutionen sondern auch

---

über die Natura herzusetzen, auf die ich erst aufmerksam geworden bin, nachdem schon der Paragraph vom Honestum gedruckt war. Cic. de Invent. II c. 54 „Natura jus est quod non opinio genuit, sed quaedam innata. vis insevit., ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem“ und Cic. de Offic I, c. 7 “Sunt autem privata nulla natura: sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacuum venerunt- aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pacti. one, conditione, sorte“.

129) Die l. 1 D. de statu hom. (1,5) ist ja auch von Gajus

in einer Stelle dieses Klassikers vorkommen [130]), wozu noch dies hinzukömmt, daß ja auch Ulpians Fragmente sich sehr bequem in publicum und privatum jus eintheilen lassen [131]). Sollte die nicht unwahrscheinliche Conjectur des G. J. R. Hugo [132]) gegründet seyn, daß Servius Sulpicius der Urheber jenes dreitheiligen Systems sey [133]), dann wäre noch mehr das hohe Alter des lezteren erwiesen. Es wäre überdies nicht unmöglich, daß die bei den römischen Juristen so beliebten Juris civilis libri tres welche zuerst Masurius Sabinus geschrieben haben soll, nach jenem System eingerichtet gewesen sind, nur muß man dabei freilich annehmen, daß das Privatrecht vorangestanden habe, weil die Lehre von den Verlassenschaften den Anfang machte. Gleiches ließe sich auf die Institutionen des Callistratus in drei Büchern anwenden über deren innere Oeconomie leider die wenigen in die Van-

---

130) Die l. 10 D. de statu hom. (1, 5) ist von Ulpian.

131) Jus publicum Tit. I—XVIII, Jus privatum Tit. XIX—XXIX. Man kann gewiß keinen Anstoß daran nehmen, wenn ich die Bestimmungen der Lex Papia Poppaea welche Ulpian Tit. XIII—XVIII abhandelt, zum jus publicum zähle, da sie nur Beschränkungen des jus testamentifactionis enthalten.

132) Rechtsgesch. §. 322 der 7ten Aufl.

133) Es könnte dies aber doch nur so viel heißen, daß Servius Sulpicius zuerst aus dem jus publicum und privatum das jus quod pertinet ad actiones ausgeschieden, und unter dem jus quod pertinet ad personas et ad res nur die Lehren abgehandelt habe, welche wir bei Gajus unter diesen Rubriken zusammengestellt finden, denn die Eintheilung des Rechts in jus publicum et privatum kann der Natur der Sache nach nicht erst von ihm herrühren.

dekten daraus aufgenommenen Fragmente keinen genügen-genden Aufschluß gewähren, und somit fehlt es auch nicht gänzlich an äußern Gründen für die Wahrheit des in der Einleitung aufgestellten Satzes, daß man nicht bloß in Rücksicht einzelner Schriften, Rechts- und Gesetzbücher, sondern auch in Beziehung aufs Römische Recht überhaupt nicht unpassend von einem äussern System reden könne. Weil indessen dies immer nur Nebensache bleiben kann, auch die Dürftigkeit der vorhandenen Data nicht sehr zum Nachforschen einladet, so bin ich jetzt auf dem Punkte angekommen, wo, wie ich glaube, eine fernere Ausdehnung meiner Arbeit, nur zu einer überflüssigen und ermüdenden Weitläuftigkeit führen würde.

Ueber die

Beschränkung des Intestat-Erbrechts der Weiber bei den Römern.

Von

Dr. Math. Jos. Euler,

Privatdocenten der Rechte in Bonn und Mitgliede des Spruch-Collegii daselbst.

Wiewohl der Rechtssatz, daß die Weiber, mit Ausnahme der suae heredes und consanguineae des Verstorbenen, von der gesetzlichen Erbfolge in dessen Nachlaß nach dem jus civile ausgeschlossen gewesen seien, sich in den uns erhaltenen Quellen des römischen Rechts häufig [1]) ausgesprochen findet, und daher dessen frühere Existenz nicht bezweifelt werden kann, so ist uns doch die Art und Weise, wie ein so äußerst wichtiger Rechtssatz bei den Römern geltend geworden sei, ein wahres Räthsel das bisher unaufgelöst geblieben ist; indem ein schon früher gemachter, gleich näher zu prüfender Versuch dasselbe zu lösen als höchst unbefrie-

---

1) *Gajus* inst. comment. III. §. 14 und 23 *Ulpianus* fragm. XXVI. §. 6 *Paulus* Sent. rec. IV 8 §. 22. *Epitome Gaji* II. 8 §. 5 *Mos. et Rom. leg. coll.* XVI. §. 2 *verb.* Quod ad feminas §. 3 a. E. und §. 7, §. 3 J. de legit. agn. succ. (III. 2) *Theophilus* zu diesem §, l. 3 l. 14 C. de legit. hered. (VI. 58).

digend verworfen werden muß. Ich bin nun zwar weit davon entfernt mir einzubilden, daß es mir gelungen sey, diese Schwierigkeit ein für allemal zu beseitigen, sondern gebe vielmehr gerne zu, das wir über diesen Punkt wohl nie zur vollen Gewißheit kommen werden, wenn nicht etwa neu aufgefundene Quellenstücke hier in der Folge ein neues Licht verbreiten sollten: allein da ich doch fest darauf rechnen kann, daß derjenige Theil des juristischen Publikums, welcher für rechtsgeschichtliche Untersuchungen Sinn und Liebe hat und deren Werth zu schätzen weiß, das Streben einen eben so dunklen als interessanten Gegenstand durch Aufstellung einer Hypothese wo möglich aufzuklären nicht misbilligen werde, so habe ich mich durch diese Betrachtung bestimmen lassen meine darüber angestellten Untersuchungen der Presse zu übergeben.

Daß die zwölf Tafeln, wiewohl sie für ein höchst kriegerisches Volk bestimmt waren, dennoch unter denselben Bedingnugen, unter welchen sie die Männer zum Nachlaß eines ohne Testament verstorbenen Erblassers beriefen, auch die Weiber zu demselben zuließen, ist zwar in der That sehr auffallend [2]), allein wegen einer Reihe ausdrücklicher, unverdächtiger und übereinstimmender Zeugnisse [3]) sind wir doch nicht befugt, die Wahrheit dieses Satzes in Zweifel zu ziehen. Schon dieser historisch-gewissen Thatsache wegen muß man daher nothwendig annehmen, daß die in Frage

---

2) Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts 8te Aufl. S. 185 — 187 Note 3.

3) *Paulus* Rec. Sent. IV. 8 §. 2 l. 14 l. 15 pr. C. de legit. hered. (VI. 58) §. 5 J. de exhered. liber. (II. 13) §. 3 J de legit. agnat. succefs (III 2) und *Theophilus* zu beiden §§. S. auch noch *Gajus* inst. comment. III §. 46 und *Ulpianus* fragm. XXIX. §. 4

stehende Beschränkung des Intestat-Erbrechts der Weiber erst in einer jüngeren Zeit aufgekommen sey. Abgesehen von den Quellen möchte nun wohl die Behauptung am leichtesten Eingang finden, daß eine so wichtige Aenderung in der Intestat-Erbfoge durch einen Volksschluß herbeigeführt worden sey, und wirklich hat Cujacius [4]), dem nebst mehreren ältern Schriftstellern noch in der neuesten Zeit Kind [5]) und von Dalwigk [6]) gefolgt sind, behauptet: die lex Voconia habe ausser den zwey bekannten Hauptstücken über das Maaß der Legate so wie der Schenkungen auf den Todesfall und das testamentarische Erbrecht der Weiber noch ein drittes enthalten, wodurch letztere, die suae heredes und consanguineae ausgenommen, von der Intestat-Erbfolge seyen ausgeschlossen worden. Allein gegen diese Annahme streitet einestheils, daß sich nirgendwo eine auch nur entfernte Hindeutung auf ein solches höchst wichtige caput der lex Voconia findet, obgleich der angeblich durch dasselbe eingeführte Rechtssatz häufig [7]) erwähnt wird, und erst durch Justinian gänzlich aufgehoben wurde, und obgleich des minder wichtigen und schon früher zur Antiquität herabgesunkenen [8]) Hauptstücks dieses Gesetzes, welches das Maaß der Legate und der Schenkungen auf den Todesfall bestimmte, in den Quel-

---

(4) in notis poster. ad §. 3 J. cit. und in paratit. C. de legit. hered.

5) de lege Voconia. Lips. 1820 §. 9 a. E. und §. 47 — 53.

6) Versuch einer phil. juriſt. Darstellung des Erbrechts. Wiesbaden 1822 Th. III §. 2 S. 19.

7) S. die Stellen in der Note 1

(8) nämlich durch die Lex Falcidia l. 1 pr. D. ad leg. Falc. (XXXV. 2).

len mehrmals Erwähnung geschieht [9]), anderntheils, daß in mehreren Stellen, welche von der erwähnten Beschränkung des Intestat-Erbrechts der Weiber reden, ein von der lex Voconia verschiedener Entstehungs-Grund derselben angegeben wird. So sagt namentlich *Paulus* [10]) „Feminae „ad hereditates legitimas ultra consanguineas suc„cessiones non admittuntur: *id quod jure civili* [11]) „*Voconiana ratione* [12])*videtur effectum*". Ferner Justinian [13]) nachdem er erzählt hat: die zwölf Tafeln hätten bei der successio intestati keinen Unterschied zwischen Personen männlichen und weiblichen Geschlechts gemacht, fährt so fort: „*Media autem juris prudentia*, quae erat „lege duodecim tabularum junior imperiali autem

---

9) *Cicero* in Verrem act. II lib. I. cap. 43 *Gajus* inst. comment. II. 226 Pr, J. de lege Falc. (II 22) *Theophilus* ibidem.

10) Rec. sent. IV. 8 §. 22 und Mos. et Rom. leg. coll. XVI. §. 3 a. E.

11) In der Bedeutung von interpretatio prudentium l. 2 §. 5 D. de O. J. (I. 2) *Theophilus* zum Pr. J. de adquis. per. arrogat

12) Die Lesearr *Voconiana ratione*, die nach dem Zeugniß des Cujacius durch mehrere alte Handschriften bestätigt wird, verdient wohl ohne Bedenken vor der von P. Pithoeus vorgeschlagenen *Voconia rogatione* oder *relatione* so wie vor der von Cujacius empfohlenen *Voconiana rogatione* vorgezogen zu werden, weil ja sonst der Ausdruck *jure civili* ohne Sinn, das videtur aber unpassend sein würde. Schulting jurisprud. antejust. S. 412 von Savigny Abh. über die lex Voconia vorgelesen in der Berliner Akademie am 2ten Nov. 1820 S. 19. 20.

13) §. 3 J. de legit. agnat, success, (III, 2)

„dispositione anterior (14) *subtilitate quadam excogitata* „praefatam differentiam inducebat, oder, wie es im Codex (15) lautet, „sed posteritas, *dum nimia utitur subtilitate*, non piam induxit differentiam, und endlich Theophilus (16) sagt „Αλλ' οἱ μετὰ τὸν δυωδεκάδελτον σοφοὶ, νεώτεροι μὲν ὄντες τῆς ἐκείνου νομοθεσίας, πρεσβύτεροι δὲ τῶν βασιλικῶν διατάξεων ἀκριβείᾳ χαίροντες τὴν εἰρημένην ἐμηχανησαντο διαφοράν." In allen diesen Stellen kommen Aeusserungen vor, die offenbar auf einen durch eine lex eingeführten Rechtssatz nicht passen, sondern vielmehr wird in denselben ausdrücklich und übereinstimmend gesagt: die nochmals erwähnte Beschränkung des Intestat-Erbrechts der Weiber sei ein Product der interpretatio prudentium.

Soviel scheint mir also bis jetzt bewiesen zu seyn, daß weder in den zwölf Tafeln noch in irgend einer jüngern lex sondern blos im Gewohnheitsrecht der Grund der Zurücksetzung der Weiber bei der Intestat-Erbfolge zu suchen sei. Gehen wir nun aber noch einen Schritt weiter, und forschen wir etwas genauer nach der Zeit, in welcher die römischen Rechtsgelehrten diesen den Weibern so nachtheiligen Rechtssatz in die Praxis eingeführt haben, ob dieses namentlich vor oder nach dem Erscheinen der lex Voconia geschehen sei: so befinden wir uns, von den

---

14) Es scheint beinahe, als wenn diese Umschreibung, die mir wenigstens schleppend und unbehülflich vorkömmt, wiewol sie, was bei einer reinen Geschmackssache nicht auffallend ist, Andere schön und zierlich gefunden haben, blos zu dem Zweck gemacht sei, um den anstößigen Ausdruck: *libera res publica* zu vermeiden.

15) l. penult. C. de legit. hered. (VI. 58)

16) III, 2 §. 3

Quellen verlassen, ganz im Gebiete der Hypothesen. Zwar haben mehrere Juristen geglaubt, in der oben (17) angeführten Aeusserung des Paulus einen Leitstern auf diesem dunklen Pfade entdeckt zu haben. Allein bei näherer kalter Prüfung dieser Stelle überzeugt man sich bald, daß es jenen Männern gegangen ist, wie es so häufig leidenschaftlichen mit vorgefaßten Meinungen zu einer Untersuchung schreitenden Menschen geht; sie glauben Etwas gesehen zu haben, was in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist. Denn Paulus will offenbar Nichts anders sagen als: der nämliche Grund, welcher den *Voconius Saxa* bewogen habe, auf die Ausschließung der Weiber von allem Erbrecht aus Testamenten anzutragen d. h. der Wunsch zu verhindern, daß den Weibern ein beträchtliches Vermögen zu Theil würde, über welches sie frei verfügen könnten (18), habe

---

17) S. Note 10.

18) Daß dieses wirklich der Beweggrund des legislator gewesen sei, beweist theils *Gellius* N. A. XVII. 6 theils der Umstand, daß dieses Plebiscit blos die reicheren Testatoren beschränken sollte. Viele Juristen sind jedoch anderer Meinung; allein zur Widerlegung derselben scheint mir schon Folgendes zu genügen: der Zweck dieses Hauptstücks konnte nicht seyn. den Untergang der *sacra privata* abzuwehren; denn da die Pflicht dieselben zu besorgen mit dem Besitz des Vermögens eng verknüpft war *Cicero* de legibus II 19 — 21, so gingen sie auch gewiß, wenn die übrigen Bedingungen des Uebergangs zutrafen, auf die Weiber über; dieses hat zwar Kind a. a O. §. 10 geleugnet, allein ausser diesem allgemeinen Grunde steht ihm auch noch die bekannte Stelle in der Rede des *Cicero* pro *Murena* cap. 12 „Horum ingenio senes ad „coëmptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt“ geradezu entgegen, indem die von Hrn. Geh.

wahrscheinlich auch die Rechtsgelehrten bewogen, sie soviel als möglich von der Intestat-Erbfolge zu entfernen. Eine solche dem weiblichen Geschlecht nachtheilige Richtung in der Jurisprudenz konnte aber auch schon vor der Sanction der *lex Voconia* vorhanden seyn. Es scheint jedoch beim ersten Anblick, wie es auch wirklich die meisten Commentatoren der in Frage stehenden lex behauptet haben: schon deswegen müßten die Weiber über den Grad der consanguineae hinaus wo nicht vor, doch wenigstens durch dieselbe von der Intestat-Erbfolge ausgeschlossen worden seyn, weil sonst das absurdum zum Vorschein käme, daß die nämliche Frau gar nicht aus dem Testament, in welchem sie eingesetzt gewesen, wol aber nach dem Wegfall desselben ab instestato habe succediren können. Allein, wer die geistreichen Hypothesen, welche mein hochgeschätzter Lehrer der Hr. Geh. Just. und Rev. Rath von Savigny, so wie der Hr. Geh. Just. Rath Ritter Hugo zur Berichtigung der über diesen Punkt verbreiteten irrigen Ansichten dem juristischen und philologischen Publicum mitgetheilt haben (19), gehörig beherziget hat, wird wohl ferner keinen

---

Rath von Savigny in der Zeitsch. für geschichtl. Rechts- Wiss. Bd. II S. 387 – 399 gegebene Erklärung derselben durch *Gajus* inst. comment. I §. 114 vollkommen bestätigt wird 2) die *sacra privata* in der Familie zu erhalten; denn man sah dieselben als eine Last an, die man soviel als möglich von sich und den Seinigen abzuwälzen suchte. 3) das Vermögen in der Familie zu erhalten; denn um diesen Zweck zu erreichen, hätte man alle Testamente abschaffen, oder nur die Einsetzung der Agnaten in denselben gestatten müssen.

19) in der in der Note 12 angef. Abh. S. 17. 18.

Drang in sich fühlen mit Kind (20) in feurige Exclamationen über diese angebliche Absurdität auszubrechen.

Ohne mir daher ein, wegen des gänzlichen Schweigens der uns zu Gebote stehenden Quellen, nur auf reine Willkühr zu gründendes Urtheil über die Frage anzumaßen, ob die Ausschließung der Weiber von dem testamentarischen Erbrecht der von der Intestat-Erbfolge vorausgegangen oder gefolgt sey, gehe ich zu einer weit interessanteren Frage über, nämlich: Wie haben die römischen Juristen, da sie doch keine Gesetzgeber waren, vermocht, den Weibern ein Recht zu nehmen, das ihnen durch die zwölf Tafeln zugesichert, und durch kein jüngeres Gesetz wieder entzogen war? Einige machen sich hier wieder die Sache durch rein aus der Luft gegriffene Hypothesen sehr leicht. Sie nehmen nämlich an: die Zeit des Eintritts jener Aenderung in der Instetat-Erbfolge sey jünger wie die lex Voconia, und die römischen Juristen hätten das die Weiber betreffende caput dieser lex wegen der Einheit des Grundes geradezu auf die Intestat-Erbfolge ausgedehnt. Allein bedenkt man, daß bei den Römern testamentarische und Intestat-Erbfolge sich stets schroff einander gegenüberstanden, und daher wohl nicht leicht ein Schluß von der erstern auf die letztere gewagt werden mochte; bedenkt man ferner, daß wie Hr. Geh. Rath von Savigny (21) gezeigt hat, eine vollkommene Einheit des Grundes nicht vorhanden war; bedenkt man endlich, daß die römischen Juristen sich nie einen offenbaren Eingriff in das Zwölf-Tafel-Gesetz erlaubten, sondern stets ihre Neuerungen durch subtile Interpretationen und auch wohl, jedoch selten, nach der Sitte des Praetors,

---

20) a. a. O. §. 48
21) a. a. O.

durch Fictionen mit demselben in Harmonie zu setzen suchten: so muß man diese Conjectur verwerfen; besonders, da sie nach der Hugo'schen Hypothese gar keinen Sinn haben, nach der Savigny'schen (22) aber aus dem Grunde verwerflich seyn würde, weil nach derselben die lex Voconia nicht wie die lex Furia testamentaria und Papia Poppaea (23) personas exceptas kannte, sondern durchaus keine Ausnahme enthielt (24), während doch die suae heredes und consanguineae zur succesio intestati zugelassen wurden. Dazu kommt daß Justinian und Theophilus (25) ausdrücklich bezeugen: die Juristen hätten um ihren Zweck zu erreichen eine Subtilität zu Hülfe genommen; ja der Kaiser beruft sich sogar (26) auf den liber singularis des Julius Paulus ad SCt. Tertyll., in welchem von dieser Subtilität und dem dadurch herbeigeführten unbilligen Unterschiede zwischen Männern und Weibern bei der Intestat-Erbfolge gehandelt sey, woraus klar hervorgeht, daß er hier nicht etwa eine bloße Vermuthung einfließen lasse, um die ihm vielleicht selbst räthselhafte Entstehungs-Art des in Frage stehenden Rechtssatzes ex ingenio zu erklären, sondern daß er von einer zu seiner Zeit noch bekannten und keinem Zweifel unterworfenen Thatsache rede. Da nun kein Grund vorhanden ist, warum dieses bestimmte Zeugniß Justinians für verdächtig zu halten wäre, besonders da dasselbe mit der gewöhnlichen Verfahrungs-Art der römischen Juristen bei Weg-

---

22) S. Note 19.

23) *Gajus* inst. comment. II §. 225. *Ulpianus* fragm. XVIII.

24) *Asconius* ad *Cic.* in *Verrem* act. II lib. I cap. 41 *Augustinus* de civitate Dei lib. III cap. 21.

25) An den in den Noten 13 15 und 16 angef. Stellen,

26) L. 14 C. de legit. hered. (VI. 58).

räumung eines Gesetzes vollkommen übereinstimmt: so glaube ich als bewiesen annehmen zu können, daß letztere, um hier ihre Absicht durchzusetzen, zu einer Subtilität ihre Zuflucht genommen haben.

Allein es frägt sich nun noch immer: Worin denn diese Subtilität bestanden habe? Hierüber äussert sich leider weder Justinian nach Theophilus, und somit ist denn hier einer auf sichere Resultate führenden Untersuchung ein Ziel gesetzt, und wir sind genöthigt, wenn wir dieselbe nicht abbrechen wollen, ins Reich der Hypothesen überzugehen. Für etwas besseres gebe ich daher auch keineswegs dasjenige aus, worauf ich durch Combination mehrerer, aus bekannten Stellen und anerkannt richtigen Rechtssätzen gezogenen Folgerungen folgendermaßen gekommen bin.

Wir wissen ganz bestimmt (27), daß die zwölf Tafeln, deren hieher gehörige Worte uns erhalten sind (28), nur drei Klassen der Intestat-Erben aufstellten, nämlich sui heredes, agnati und gentiles, ja strenge genommen sogar nur die beiden letztern. Denn da nach einer altrömischen Ansicht die sui heredes schon während den Lebzeiten ihres Vaters als Miteigenthümer des von demselben besessenen Vermögens zu betrachten sind (29): so konnte man von ihnen nicht sagen, sie erwürben dieses Vermögens erst nach dem Tode ihres Vaters, weil man dasjenige, was man schon hat, nicht noch erwerben

---

27) *Gajus* inst. comment III §. 9 u. 17 und *Mos. et Rom. leg. coll.* XVI §. 2.

28) *Ulpianus* fragm. XXVI §. 1.

29) *Gajus* comment. II §. 157.

kann (30). Dagegen sehen wir aus mehreren Stellen, daß die römischen Juristen vier Klassen der Intestat-Erben unterschieden, indem sie nämlich den ersten Grad der Agnaten von den übrigen Agnaten absonderten, und daraus eine besondere Klasse bildeten, jedoch pflegten sie da, wo sie bloß geltendes Recht vortrugen, die gentiles, weil diese schon frühe verschwunden waren (31), gänzlich mit Stillschweigen zu übergehen. So sagt namentlich. *Ulpianus*. frag. XXVI. 1.

„Intestatorum hereditates pertinent primum ad „suos heredes, — si sui heredes non sunt, ad *con-* „*sanguineos*, — si nec hi sunt, *ad reliquos agnatos* „*proximos*.

Derselbe. libro singulari sub titulo de legitimis hereditatibus (in der Mos. et. Rom. leg. coll. XVI. §. 4.

„Intestatorum gentiliorum hereditates pertinent „primum ad suos heredes, — si sui heredes non sint, „*ad consanguineos*, — si nec hi sunt, *ad reliquos* „*agnatos*, — si agnatus defuncti non sit, eadem „lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem „vocat“

---

30) Hieraus erklärt sich die Fassung des Zwölf-Tafel-Gesetzes: Si intestatus moritur, *cui suus heres nec est*, rel.“ so wie vielleicht auch die Worte des *Cicero* ad *Herennium* „Si paterfamilias intestatus moritur, familia pecuniaque „ejus *agnatorum gentiliumque* esto“ wenn man nicht lieber annehmen will: Cicero habe unter den agnatis die suos heredes mit begreifen wollen.

31) *Gajus* instit. comment III §. 17. *Mos. et Rom. leg. coll.* XVI §. 2 a. E. und §. 4 a. E.

Derſelbe. in libro XII et XIII ad *Sabinum.*
(L. 1 §. 9. L. 2. pr. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.).)

„Post suos statim *consanguinei* vocantur. — Post „*consanguineos* admittuntur *adgnati*, si *consanguinei* „non sunt: merito, nam si sunt *consanguinei*, licet „non adierint hereditatem, *legitimis* non defertur: „sed hoc sic erit accipiendum, si nec sperantur esse: „ceterum, si vel nasci *consanguineus* vel de captivi„tate reverti potest, *adgnati* impediuntur.

eben ſo *Paulus.* lib. IV sent. sub tit. de testam. successionibus

(in der *Mos. et Rom. leg coll.* XVI. §. 3.)

„*Consanguineis* non existentibus *agnatis* defertur „hereditas, prout quis alterum gradu praecesserit.“

Aus den beiden letztern Stellen erſieht man überdies, daß man die consanguinei wohl gar nicht einmal mehr zu den Agnaten rechnete, ſondern Erſtere den Letztern geradezu coordinirte. Auch darf man darin nicht etwas Abnormes finden wollen; ſondern die Beſchränkung des Begriffs der Agnaten iſt vielmehr dem römiſchen Sprachgebrauche ganz angemeſſen, wie dieſes aus vielen Stellen erhellet, namentlich aus:

L. 30 §. 1. med. D. de adquir. vel omitt. hered. (XXIX 2.)

(*Ulpianus* lib. VIII ad Sabinum.)

„Et in eo ventre idem accipias, qui *legitimum* „VEL *consanguineum* pariturus est.“

L. 2. §. 1. D. Unde legitimi (XXXVIII. 7.)

(*Ulpianus* libro XLVI ad edictum)

„nam et feminae possunt VEL *consanguineos* VEL *ag*„*natos* habere.

L. 4. D. Unde cognati. (XXXVIII. 8.).

(*Ulpianus* libro VI regularum.)

„Si spurius intestato decesserit, jure *consangui-*
„*nitatis* AUT *agnationis* hereditas ejus ad nullum per-
„tinet, quia *consanguinitatis* ITEMQUE agnationis
„jura a patre oriuntur.“

L. 6 §. 1. D. ad SCt. Tertyll. (XXXVIII. 17.).

(*Paulus* libro singul. ad SCt. Orphit.)

„Filius, qui se nolle adire hereditatem matris
„dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam
„*consanguineus* VEL *agnatus* adierit, videndum.“

Selbst die Justin. Inst. (32) und die Paraphrase des Theophilus (33.) liefern hierzu noch Belegstellen. Justinian nämlich, nachdem er vorher bemerkt hat, daß die Weiber nur bis zum Grade der *consanguineae* zur successio intestati seyen zugelassen worden, und daß der Ursprung dieser unbilligen Unterscheidung zwischen Männern und Weibern nicht in den zwölf Tafeln zu suchen sey, fährt so fort:

„Media autem jurisprudentia, subtilitate qua-
„dam excogitata praefatam differentiam inducebat,
„et *penitus* eas successione *adgnatorum* repellebat.“

Ungefähr auf die nämliche Weise drückt sich Theo-
„philus aus: „Αλλ' οἱ — σοφοὶ — ἀκριβείᾳ χαίροντες, τὴν-
εἰρημένην ἐμηχανήσαντο διαφορὰν, ἐξοδοῦντες αὐτας
καθόλου τῆς τῶν συγγενῶν διαδοχῆς.“

Denn unmöglich kann man doch annehmen, daß der Kayser und der Antecessor dasjenige, was sie am Anfang des §. gesagt, in der Mitte desselben wieder vergessen hätten (34.).

---

32) §. 3 J. de legit. agnat. success. (III 2)

33) Zu dem alleg. §.

34) Jedoch zeigen schon die beiden oben zuerst angezogenen, so

Diejenigen, welche bisher nach der Veranlassung zu dieser formellen Abweichung der Praxis von dem Zwölf=Tafel=Gesetz und dem Zeitpunkt in welchem sie erfolgte, geforscht haben, sind der Meinung, daß diese Aenderung zu der Zeit vor sich gegangen sey, als den Weibern über den Grad der consanguineae hinaus das Intestat=Erbrecht eben genommen war, weil es damals in praktischer Hinsicht wichtig geworden sey, die consanguinei von den übrigen Agnaten abzusondern. Allein wiewohl sich nicht läugnen läßt, daß diese Annahme eine große innere Wahrscheinlichkeit für sich hat: so ist sie doch auch auf der andern Seite durch kein einziges historisches Zeugniß un=

---

wie mehrere andere Stellen, daß die nämlichen römischen Juristen, welche da, wo sie den neuern Sprachgebrauch im Auge hatten, die Agnaten den consanguineis coordinirten, an andern Orten, wo ihnen der ältere richtige Begriff der Agnaten vorschwebte, Letztere den Erstern subordinirten. Allein auch in diesem Fall unterlassen sie nicht die consanguinei besonders hervorzuheben, wie unter anderen folgende Stellen zeigen.

Ulpianus fragm. XXVI. §. 7.

„Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duode-
„cim tabularum non pertinebat, quia feminae suos he-
„redes non habent: sed postea Impp. *Antonini* et
„*Commodi* oratione in Senatu recitata id actum est,
„ut sine in manum conventione matrum legitimae he-
„reditates ad filios pertinerent exclusis *consanguineis*
„*et reliquis agnatis.*

Derselbe in der *Mos. et Rom. leg. coll.* XVI. §. 6

„Post suos ab intestato *legitimi* admittuntur *primum*
„*consanguinei* und *Paulus* in der *Coll.* a. a. O. §. 3.
„Si sui heredes non sunt., *ad agnatos* legitima heredi-
„tas pertinebit, *inter quos primum locum consanguinei*
„*obtinent.*“

terstützt, und es ist daher noch immer möglich, daß diese Absonderung in einer weit frühern Zeit, und aus einem ganz andern Grunde erfolgt, und nun umgekehrt hieraus in Verbindung mit andern Sätzen zu erklären wäre, warum nicht auch die *consanguineae* von der Intestat-Erbfolge seien ausgeschlossen worden. Diese Möglichkeit aber scheint mir durch gehörige Berücksichtigung einer uns in der *Coll.* (35) aufbewahrten Aeusserung des Paulus den Charakter der Wahrscheinlichkeit zu gewinnen. Sie lautet folgendermaßen „Intestatorum hereditas lege duodecim tabula-„rum primum suis heredibus, deinde agnatis, et „aliquando quoque gentibus deferebatur. *Sane con-„sanguineos* (36) *lex non adprehenderat, interpreta-„tione prudentium primum inter agnatos locum acce-„perunt.*" Nach dieser Stelle nämlich soll die Sonderung des ersten Grades der Agnaten unter dem Namen consanguinei von den übrigen Agnaten durch eine Interpretation der Rechtsgelehrten zunächst und unmittelbar entstanden seyn. Nun aber frage ich: Läßt es sich wohl glauben, daß Paulus eine, ich möchte sagen, rein mechanische zu einem praktischen Behufe gemachte Scheidung interpretatio genannt habe? Dieser Ausdruck bezeichnet durchaus nicht eine Handlung wie die vorliegende, wobei das Schlußvermögen des Menschen gar nicht in Anspruch genommen wird, sondern eine juristische Deduction, z. B. die Erklärung eines Gesetzes, und darum glaube ich, deutet diese Stelle ziemlich klar darauf hin, daß irgend

---

35). *Mos. et Rom. leg. coll.* XVI §. 3.

36) Diese Emendation für consanguineis ist wohl ohne Bedenken zu billigen. *Schulting* S. 407.

eine Erklärung des Zwölf-Tafel-Gesetzes die in Frage stehende Absonderung nothwendig gemacht habe. Was dieses aber für eine Erklärung gewesen sey, läßt sich wieder mit Gewißheit nicht ausmitteln. Jedoch möchte sie vielleicht darin bestanden haben, daß die Juristen das *proximus* in den Worten der Zwölf Tafeln „Si intestatus moritur, „cui suus heres nec est, *agnatus proximus* familiam „habeto“ nicht, wie es ohne Zweifel dem Geiste des Gesetzes gemäß ist, auf jeden einzelnen Fall bezogen, sondern ganz absolut verstanden hätten; nach welcher Interpretation in der That der agnatus proximus der zwölf Tafeln und der consanguineus identisch seyn würden.

Findet man diese Entwickelung einigermaaßen bündig: so wird man auch den daraus gezogenen Schluß, daß nicht lange nach der Sanction der Zwölf Tafeln, also zu einer Zeit, wo die Weiber den Männern bei der successio intestati noch vollkommen gleichstanden, die Eintheilung der Intestat-Erben in vier Klassen üblich geworden sey, kein Product der Willkühr nennen.

Erst später also sah man die verderblichen Folgen des Reichthums der Weiber ein und wurde nun ernstlich darauf bedacht, ihnen nach und nach die ergiebigsten Vermögens-Quellen zu verschließen. Darunter gehörte nun auch vorzüglich das Intestat-Erbrecht. Da jedoch kein Gesetz erschien, welches ihnen dasselbe entzog oder schmälerte, so suchten die Juristen der säumenden Gesetzgebung nachzuhelfen, und gemäß den veränderten Ansichten des Volks das Recht in dem fraglichen Punkte zu modificiren. Allein die große Ehrfurcht, die man allgemein gegen das Zwölf-Tafel-Gesetz hegte, die fast ins Unglaubliche steigende Hartnäckigkeit und Gewissenhaftigkeit, mit welcher man an dem Buchstaben desselben klebte, gebot ihnen ihre Neuerungen durch irgend ein juristisches Raisonne-

ment (interpretatio) mit demselben, wenigstens dem Scheine nach, in Uebereinstimmung zu bringen. Jedoch läßt es sich schon aus der Natur des derogirenden Gewohnheitsrechts, das nicht plötzlich entsteht, sondern in der Regel einen unbedeutenden Anfang hat, und allmälig weiter um sich greift, mit großer Wahrscheinlichkeit folgern, daß auch hier keine plötzliche Revolution in dem Intestat-Erbrecht der Weiber erfolgte; sondern daß man mit dem Versuch, sie von den letztern Klassen auszuschließen den Anfang machte, um, wenn dieser gelungen wäre, auch zu den erstern voranschreiten zu können. Die Juristen hefteten daher zuerst, wie ich vermuthe, ihren Blick auf die Klasse der Gentilen. Allein, abgesehen davon, daß das ganze gentilitium jus schon frühe Antiquität geworden ist, und der Fall, daß Jemand durchaus keinen Agnaten hinterließ, sich wohl höchst selten ereignen mochte (37), war hier durchaus nicht zu befürchten, daß eine Frau in dieser Klasse ein bedeutendes Vermögen ererbte, weil ja die gentiles, die wohl nicht gering an der Zahl seyn mochten, soviel wir wissen, nach Köpfen succedirten. Wie leicht konnte es sich dagegen ereignen, daß Jemand,

---

37) Man könnte hiergegen einwenden, der Fall, daß der agnatus proximus die Erbschaft nicht habe antreten können oder wollen, wo alsdann auch die übrigen Agnaten leer ausgegangen seyen, habe leicht eintreten können. Allein da wegen der allgemeinen Aeußerung des Ulpian (fragm. XXVI §. 5) und Paulus (Rec. Sent. IV. 8. §. 23) „In legitimis hereditatibus successio non est“ keine successio ordinum zwischen der Klasse der Agnaten und Gentilen höchst wahrscheinlich statt fand: so fiel alsdann dies Vermögen nicht an die gentiles sondern war vor der lex Papia Poppaea gänzlich der improba possessio überlassen.

der intestatus verstarb, zwar mehrere Personen hinterließ, die mit ihm bis zum Tode im Agnations-Nexus gestanden hatten, aber unter diesen eine Frau, die ihm in einem nähern Grade verwandt war als die übrigen Agnaten, und daher dieselben von der Succession gänzlich ausschloß. Hier erhielt also die Frau allein die ganze Erbschaft, und erwarb somit, wenn dieselbe beträchtlich war, auf einmal ein großes Vermögen. Dieses suchten nun die römischen Juristen dadurch zu verhindern, daß sie die Behauptung aufstellten, und, unterstützt durch die allgemeine Stimme gegen die überhand nehmende verderbliche Bereicherung der Weiber, in der Praxis geltend machten: es seyen nicht die Agnaten ohne Unterschied, sondern bloß die Agnaten männlichen Geschlechts durch die zwölf Tafeln zur successio intestati berufen.

Ulpianus Fragm. XXVI. 1.

Mos. et Rom. leg. coll. XVI §. 3. *verb.* agnati sunt §. 7.

L. 2 §. 1. D. de suis et legit. hered. (XXXVIII. 16.). (38).

---

38) Daß die römischen Juristen die Agnaten auf diese beim ersten Anblick so höchst auffallende Weise wirklich definirten, beweisen die im Text angezogenen Stellen; allein warum und wann sie dieses thaten, ist nirgendwo gesagt. Es läßt sich daher nicht läugnen, daß man auch hier wieder mit vieler Wahrscheinlichkeit sagen könnte, es sey dieses zu einer Zeit geschehen, wo die Agnatinnen mit der mehrmals erwähnten Ausnahme von der Intestat-Erbfolge schon ausgeschlossen waren. Allein da diese Annahme doch im Grunde weiter nichts wie eine zwar wahrscheinliche aber auf keinem historischen Zeugniß gestützte Hypothese seyn würde: so sind wir berechtiget dieselbe gegen eine eben so wahrscheinliche und viel ergiebigere Hypothese zu vertauschen.

Allein es fragt sich jetzt ferner, wie dieselben diese Behauptung mit den XII Tafeln in Harmonie zu setzen suchten? Hierüber findet sich, wenn ich nicht irre, eine befriedigende Andeutung in den Gajischen (39) und Justinianischen (40) Institutionen. Nach diesen raisonnirten sie folgendermaßen: es sey ein anerkannter Rechtssatz: „Ubi emolumentum successionis est, ibi et „onus tutelae esse debet;“ dieser gelte aber auch umgekehrt. Da nun ausgemacht bloß Agnaten männlichen Geschlechts die Tutel verwalten könnten: so seien auch nur sie nach dem Geist der zwölf Tafeln zur Intestat-Erbfolge zuzulassen. Denn Gajus und Justinian sagen a. a. O. „cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit (41) „*eosdem* et tutores esse jusserit (scil. lex duodecim „tab.) folglich, das Zwölf-Tafel-Gesetz habe dieselben (eosdem) Agnaten zur Verwaltung der Vormundschaft verpflichtet, welche es zur Erbschaft berufen. Hieraus erklärt sich auch, wie Gajus (42) sagen konnte „Item „feminae agnatae, quaecumque consanguinecrum „gradum excedunt, nihil juris *ex lege* (scil. *duodecim* „*tab.*) habent (43). Denn, wiewohl weder in dem Buchstaben noch in dem Geiste der zwölf Tafeln eine Zurücksetzung der Agnatinnen bei der Intestat-Erbfolge zu entdecken war: so suchten doch die römischen Juristen mit

---

39) Comment. I §. 165.

40) Tit. J. de legit. patron. tut. (I. 17).

41) Inst. *lex vocat*

42) inst. comment. III §. 23.

43) Auf diese Aeusserung des Gajus hat schon Zimmern in den römischrechtl. Untersuch. Heidelberg 1821. S. 314 u. 315 Note 14 aufmerksam gemacht.

Hülfe jenes künstlichen Raisonnements die Sache so darzustellen, als wenn wirklich den hierher gehörigen Worten der zwölf Tafeln ein solcher Sinn zu Grunde läge.

Da diese Ansicht in den Gerichten Eingang fand: so hatten die Römischen Juristen in Beziehung auf die dritte Klasse der Intestat-Erben ihre Absicht erreicht. Allein was von dieser galt, galt deswegen noch nicht von der zweiten, weil ja, wie oben gezeigt worden, consanguinei von den übrigen Agnaten in der Praxis scharf gesondert wurden: Man hätte nun zwar erwarten sollen, daß sie jetzt auch zur Klasse der consanguinei vorargeschritten wären, besonders da der angeführte Grund der Ausschließung vom Intestat-Erbrecht eben so gut auf die consanguineas als auf die übrigen Agnatinnen paßt. Allein da sie bei den dem bestehenden Recht zuwiderlaufenden Interpretationen gewiß vorzüglich ihr Augenmerk darauf richteten, wie weit die Veränderung der Rechts-Ansichten des Volks in dem fraglichen Punkt gediehen sey, diese aber mehr durch Gründe der Billigkeit wie durch Liebe zur Consequenz geleitet werden: so wäre es sehr leicht möglich, daß sie bei dem Versuch auch die consanguineae von der Intestat Erbfolge auszuschließen ein allgemein verbreitetes widerstrebendes Billigkeits-Gefühl wahrgenommen, und deswegen von demselben abgelassen hätten. Dazu kommt noch, daß man schon frühe die Ansicht, es sey gefährlich den Händen eines Weibes ein beträchtliches Vermögen anzuvertrauen wieder verließ; denn sonst würde ja der Praetor, der, weit entfernt der Ausbildung des Gewohnheitsrechts entgegenzuarbeiten, dasselbe vielmehr, wenn es die gehörige Ausbreitung und Reife erlangt hätte, in seinem Edict fixirte, gewiß denjenigen Agnatinnen, die nach Civilrecht von der successio intestati ausgeschlossen waren, keine b. p. in dem ordo: *Unde cognati* angeboten

haben, wenn sie die nächsten Blutsverwandten des Verstorbenen waren [44]). Es könnte nun auch seyn, daß jener Wechsel der Volks-Ansicht sich gerade in der Periode ereignet hatte, in welcher die römischen Juristen ihre Interpretation auch auf die Klasse der consanguinei ausdehnen wollten und deswegen die consequente Durchführung derselben ins Stocken gerathen wäre.

Dies ist meine Ansicht über das Wesen der Subtilität deren sich, wie Justinian und Theophilus bezeugen, die römischen Juristen bedienten, um die Weiber so viel als möglich von der Intestat-Erbfolge zu entfernen, Ich sehe nun zwar recht wohl ein, daß man dieses aus einer Verkettung von Hypothesen gezogene Resultat durch eine einseitige partheiische Beurtheilung Nichtkennern mit leichter Mühe lächerlich machen könne; allein ich sehe zugleich voraus, daß billige Beurtheiler, wiewohl sie dasselbe eben so wenig wie mich selbst vollkommen befriedigen wird, dennoch nicht verkennen werden, daß es mehrere nicht ganz unbedeutende Stützpunkte in den Quellen habe.

---

44) *Gajus* inst. comment. III §. 29, §. 3 J. de legit. agnat. succes. (III. 2).

Bonn, gedruckt bei Heinrich Bohres.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Burchardi, Georg C.

Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichen und Privatrecht entwickelt Nebst Dr. M. J. Euler's Abhandlung über die Beschränkungen des Intestat-Erbrechts der Weiber bei den Römern

Bonn 1822

J.rom.c. 55 s
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565242-9